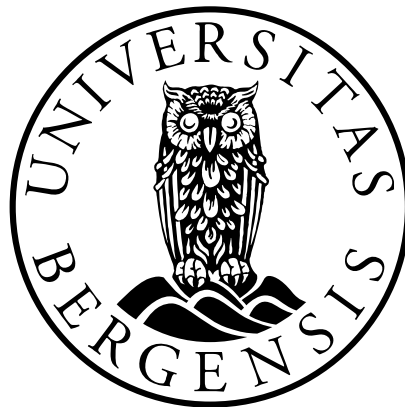


# Næringsdrivendes adgang til å fravike en bindende avtale

*Tolkning og analyse av avtaleloven § 36  
sammenholdt med andre fravikelsesgrunnlag*

Kandidatnummer: 25

Antall ord: 14914



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2017

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1 Innledning.....	3
1.1 Introduksjon til oppgavens tema.....	3
1.2 Avgrensninger og presiseringer .....	5
1.3 Oppgavens videre oppbygning .....	6
2 Presentasjon av avtaleloven § 36.....	7
2.1 Lovtekst .....	7
2.2 Formål og prinsipper.....	9
3 Rettskildebildet av avtaleloven § 36 med vekt på kommersielle avtaler .....	11
3.1 Lovtekst .....	12
3.1.1 “Avtalens innhold” .....	12
3.1.2 “Partenes stilling” .....	13
3.1.3 “Forholdene ved avtalens inngåelse” .....	13
3.1.4 “Senere inntrådte forhold” .....	14
3.1.5 “Omstendighetene for øvrig” .....	14
3.2 Forarbeider.....	15
3.3 Høyesterettspraksis .....	16
3.4 Voldgiftspraksis.....	18
3.5 Reelle hensyn.....	18
4 Gjeldende rett av avtaleloven § 36 på kommersielle avtaler.....	20
4.1 Kriminell atferd .....	20
4.2 Partenes stilling.....	21
4.3 Kontraktens varighet.....	23
4.4 Resultatforpliktelser.....	24
4.5 Kontraktens karakter.....	27
4.6 Standardkontrakt.....	28
4.7 Hvem er nærmest til å bære risikoen? .....	30
5 Finnes det alternative fravikelsesgrunnlag? .....	32
5.1 Rimelighetstolkning.....	32

5.1.1	Forholdet til avtaleloven § 36 .....	34
5.2	Læren om bristende forutsetninger .....	38
5.2.1	Forholdet til avtaleloven § 36 .....	38
5.3	Avtaleloven § 33 .....	40
5.3.1	Forholdet til avtaleloven § 36 .....	40
6	Avsluttende refleksjoner .....	42
7	Litteraturliste .....	44

# 1 Innledning

## 1.1 Introduksjon til oppgavens tema

Den følgende fremstillingen skal ta for seg i hvilken grad næringsdrivende kan fravike en bindende avtale. Oppgavens hovedfokus vil være adgangen næringsdrivende har til å fravike avtaler via avtaleloven<sup>1</sup> (avtl.) § 36, men også rimelighetstolkning, læren om bristende forutsetninger og avtl. § 33 vil være gjenstand for diskusjon og sammenligning.

Det grunnleggende utgangspunkt i avtaleretten er at avtaler skal holdes. Dette kommer til uttrykk i Kong Christian Den Femtis Norske Lov 5-1-2, hvor det fremgår at alle avtaler som ikke er ”i mod Loven, eller Ærbarhed” skal holdes på alle punkter ”saasom de indgangne ere”.<sup>2</sup> Et slikt prinsipp øker både kontraktsikkerheten og forutberegneligheten i et avtaleforhold. I tillegg kan dette utgangspunktet bidra til at flere benytter avtaler som et instrument for å utveksle varer og tjenester.<sup>3</sup>

Likevel er det betenkeligheter ved en ubegrenset avtalefrihet. Forarbeidene til avtaleloven uttrykker konsekvensen slik, ”En uinnskrenket avtalefrihet vil imidlertid lett kunne lede til misbruk overfor den svake part i avtaleforholdet.”<sup>4</sup> I de tilfellene hvor en overlegen part har misbrukt sin stilling, kan det være både nødvendig og ønskelig for den underlegne part å fravike den bindende avtalen. En slik problemstilling blir satt på spissen i tre ulike partskonstellasjoner. For det første kan det være avtaler mellom private og næringsdrivende. En privat part i en slik sammenheng kan sammenlignes med en forbruker, som er en part som ikke hovedsakelig handler som ledd i næringsvirksomhet.<sup>5</sup> Det gjør derimot næringsdrivende. For det andre kan det være grunnlag for å fravike en avtale som to private parter har inngått med hverandre. Den siste muligheten er der hvor to næringsdrivende har inngått en avtale (kommersielle avtaler), men der en av partene ønsker å fravike den. Det er slike avtaler som er tema for oppgaven. Her kan det for eksempel dreie seg om alt fra en avtale om en tjenesteytelse til et konkret kjøp og salg av en vare.

---

<sup>1</sup> Lov 31. mai 1918 nr. 4 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)

<sup>2</sup> Lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov

<sup>3</sup> Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 s. 8.

<sup>4</sup> Ot.prp. nr.5 (1982-1983) Om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr 4, m.m (generell formuerettslig lempingsregel) s. 9

<sup>5</sup> Lov 21. juni 2002 nr. 34 Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) § 1

Det vil imidlertid alltid være en fare for at ulike avtaletyper kan ende i en tvist. Det var særlig hensynet til å beskytte den svakere part mot urimelige kontraktsvilkår, som var bakgrunnen for at lovgiver i 1983 valgte å innføre § 36 i avtaleloven fra 1918.<sup>6</sup>

*Avtl. § 36 lyder som følger: ” En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende. Det samme gjelder ensidig bindende disposisjoner.*

*Ved avgjørelsen tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.*

*Reglene i første og annet ledd gjelder tilsvarende når det ville virke urimelig å gjøre gjeldende handelsbruk eller annen kontraktrettslig sedvane.”*

Før det kan avgjøres om det er grunnlag for lempning, må kontraktens innhold og vilkår være brakt på det rene. Av Hagstrøm fremgår det at ”Hva som kan utledes av kontrakten om forpliktelsens innhold og rettsvirkninger, beror på *tolkning* av kontrakten”.<sup>7</sup> Når det gjelder tolkning av kommersielle avtaler, kommer denne grunnleggende hovedregel blant annet til uttrykk i Rt. 2011 s. 1553: ”Kontrakter og andre avtaledokumenter mellom profesjonelle næringsdrivende må i utgangspunktet fortolkes objektivt (...)”. Det innebærer at det er ordenes vanlige meningsinnhold som gjenspeiler partenes berettigede forventninger om hvordan avtalen skal forstås.

Etter at avtalen er ferdigtolket, er spørsmålet om det etter avtl. § 36 vil ”virke urimelig” at kontrakten står seg.<sup>8</sup> Bestemmelsen er en generalklausul. Det vil si at den legger opp til en vid og skjønnsmessig vurdering av hvorvidt en part kan fravike avtalen.<sup>9</sup> Det innebærer at det i utgangspunktet er overlatt til domstolene å utvikle de prinsippene som anvendelsen av § 36 skal følge.

Det at det er få faste rammer rundt bestemmelsen, kan oppfattes som en ulempe. Det vil ofte være en betydelig variasjon i saksforholdene bestemmelsen blir anført i, noe som kan bidra til stor usikkerhet rundt anvendelsesområdet. Fordelen med generalklausuler derimot, er at de er fleksible. Dette til forskjell fra mange andre rettsregler som inneholder ganske presise

---

<sup>6</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 5

<sup>7</sup> Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011 s. 43.

<sup>8</sup> Kåre Lilleholt, *Knops oversikt over norsk rett*, 13. utgave (Bergen 1989) s. 261.

<sup>9</sup> Giertsen, 2014, s. 203.

kriterier. Det vil si at hva som vil være å anse som ”urimelig eller være i strid med god forretningsskikk” vil kunne skifte noe over tid og endre seg i takt med samfunnsutviklingen.

Selv om paragrafens andre ledd gir gode anvisninger på hva som skal vektlegges i vurderingen, er det i senere tid fremkommet mye rettspraksis og teori knyttet til bestemmelsen. Likevel er en stor del av dette begrenset til tilfeller hvor en av partene er forbruker. Som det skal vises til nedenfor, har Høyesterett vært tilbakeholden med å anvende avtl. § 36 på kommersielle avtaler.

I det følgende skal det likevel sammenfattes en oversikt over de faktorene som er avgjørende i vurderingen av hvorvidt avtl. § 36 kommer til anvendelse på kommersielle avtaler. Faktorene vil bli innhentet og analysert fra ulike rettskilder. Men da Høyesterett sjelden konkluderer med anvendelse av avtl. § 36 på kommersielle avtaler, skal også de mest aktuelle alternativene til denne paragrafen være gjenstand for undersøkelse, analyse og sammenligning. Siktemålet er å belyse adgangen næringsdrivende har til å fravike bindende avtaler og hvilket regelsett som da er å foretrekke.

## 1.2 Avgrensninger og presiseringer

For at ikke denne fremstillingen skal bli for omfattende, har det vært nødvendig å foreta flere avgrensninger. Jeg vil i det følgende ikke skille mellom adgangen til *endring* (legge til eller fjerne enkelte elementer ved vilkåret eller avtalen) og adgangen til *tilsidesettelse* av vilkår og avtale (hele vilkåret eller avtalen settes til side og ikke lenger er gjeldende for partene).<sup>10</sup>

Fremstillingen tar sikte på å undersøke den generelle adgangen til å endre/tilsidesette avtalen slik den ble inngått. I noen tilfeller vil det være mest gunstig å sette hele avtalen til side, mens i andre tilfeller kan det være tilstrekkelig bare å endre et urimelig vilkår. Hvorvidt et vilkår eller en avtale skal endres eller tilsidesettes, vil derfor ikke være gjenstand for diskusjon.

I den konkrete behandlingen av avtl. § 36 er det flere avgrensninger. For det første avgrenses oppgaven til kun å behandle og vurdere adgangen til å anvende § 36 i forbindelse med ”avtale”. Det vil si at fremstillingen ikke vil redegjøre og analysere adgangen til å fravike ”ensidig bindende disposisjoner”. For det andre vil fremstillingens hovedfokus knytte seg til vilkåret ”ville virke urimelig”. Men også det alternative vilkåret – ”i strid med god

---

<sup>10</sup> Giertsen, 2014, s. 271.

forretningsskikk”- vil bli dekket i det omfang som er formålstjenlig. At domstolen også etter avtl. § 36 kan sette til side ”gjeldende handelsbruk eller annen kontraktsrettslig sedvane”, vil ikke bli gjenstand for diskusjon eller analyse.

Til sist er det nødvendig å avgrense hvem som blir behandlet som næringsdrivende. I utgangspunktet ønsket jeg å undersøke fravikelsesadgangen i en spesifikk bransje med et visst omfang. Det viste seg at en slik avgrensning ble vanskelig, da rettskildebildet var svært mangelfullt. Løsningen ble dermed å fokusere på den generelle adgangen i avtl. § 36, uavhengig av næring og størrelse. Men som det skal vises til nedenfor, er både entrepris- og festekontrakter kontraktstyper hvor avtl. § 36 er blitt anført og vurdert.

### **1.3 Oppgavens videre oppbygning**

I fremstillingens hoveddel skal jeg i punkt 2 introdusere avtl. § 36. Her vil jeg presentere lovteksten samt se på hensyn og formål bak bestemmelsen. Punkt 3 og 4 vil utgjøre diskusjonens analysedel og vil naturlig nok utgjøre den største delen av oppgaven. Her skal jeg gjennomgå rettskildebildet vedrørende avtl. § 36 på kommersielle avtaler ved å anvende juridisk metode. Siktemålet er å trekke opp retningslinjer fra lovtekst, rettspraksis, voldgiftsdommer, forarbeider, reelle hensyn og juridisk teori for deretter å sammenfatte en oversikt over hvilke faktorer som er blitt tillagt størst vekt i anvendelsen av avtl. § 36. Ettersom hovedformålet i denne fremstillingen er å belyse næringsdrivendes adgang til å fravike avtaler, finner jeg det naturlig i punkt 5 å lage en fremstilling over alternative fravikelsesgrunnlag til avtl. § 36. Underveis i avsnittet vil jeg undersøke i hvilken grad de er å foretrekke på kommersielle avtaler fremfor avtl. § 36. For de tilfeller der Høyesterett faktisk foretrekker alternativer til avtl. § 36, skal jeg forsøke å diskutere hvorfor disse alternativer blir anvendt og ikke avtl. § 36. Oppgaven avrundes i punkt 6 med avsluttende refleksjoner.

## 2 Presentasjon av avtaleloven § 36

### 2.1 Lovtekst

Ettersom formålet innledningsvis i denne fremstillingen er å gi en kort innføring i hva slags bestemmelse avtl. § 36 er, skal dette avsnittet konsentrere seg om paragrafens første og annet ledd. Avtl. § 36 er som nevnt en generalklausul, men kan også bli omtalt som ”lempningsregel” eller ”ugyldighetsregel”. Ulikhetene i begrepsbruken har ingen betydning for tolkningen av avtl. § 36.<sup>11</sup> Det kan imidlertid være mer hensiktsmessig å anvende begrepet ”lempningsregel”, da det er felles for endring og tilsidesettelse etter avtl. § 36. Dersom man anvender begrepet ”ugyldighetsregel”, kan det bli vanskelig å skille mellom de tradisjonelle ugyldighetsgrunnene på den ene siden og avtl. § 36 på den andre.<sup>12</sup> Hvilket begrep man velger å bruke, er imidlertid ikke så interessant, viktigere er det å vite hva regelen innebærer. Gjennom avtl. § 36 har domstolen mulighet til å sette en avtale *helt* til side, *fjerne* urimeligheter, *endre*, samt *justere* og *supplere* en avtale.<sup>13</sup> Rettsvirkningene etter avtl. § 36 kan dermed variere fra sak til sak. Lovteksten benytter ordet ”avtale”, men det er helt klart at bestemmelsen også gjelder urimelige *vilkår* i en avtale.<sup>14</sup>

Det fremgår av avtl. § 41 at ”Denne lov gjelder bare paa formuerettens omraade”. Avtl. § 36 gir følgelig hjemmel for urimelighetssensur av alle formuerettslige avtaler og har av denne grunn blitt betegnet som den alminnelige formuerettslige lempningsregelen.<sup>15</sup>

Tre situasjoner blir nevnt hvor bestemmelsen kommer til anvendelse. Det må enten være en ”avtale”, ”ensidig bindende disposisjoner” eller ”handelsbruk eller annen kontraktsrettslig sedvane”. Som nevnt over vil det her kun fokuseres på ”avtale”. Verken avtaleloven eller andre lover definerer hva en ”avtale” er. Krüger beskriver begrepet slik, ””Avtale” i lovens forstand kan bety både skriftlig og muntlig enighet mellom partene - og omfatter både konkret forhandlede vilkår og standardvilkår skrevet av den ene part eller av helt utenforstående.”<sup>16</sup> Ofte yter den ene parten en vare eller tjeneste, mens den andre parten yter et vederlag, men avtalens innhold varierer naturligvis fra avtale til avtale. For at en avtale skal sies å foreligge,

---

<sup>11</sup> Giertsen, 2014, s. 204.

<sup>12</sup> *ibid.*

<sup>13</sup> Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989 s. 403.

<sup>14</sup> Geir Woxholth, *Avtalerett*, 9. utgave, Oslo 2014 s. 297.

<sup>15</sup> *ibid.* s. 304

<sup>16</sup> Krüger, 1989, s. 409.



må den være gyldig inngått.<sup>17</sup> I det tilfelle man har tolket en gyldig inngått avtale, kan den lempes etter avtl. § 36 dersom det etter en helhetsvurdering av flere momenter ”ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk” å gjøre avtalen gjeldende.<sup>18</sup>

Ovennevnte legger opp til to alternative vurderinger. Dette er henholdsvis at avtalen ”ville virke urimelig” eller være ”i strid med god forretningsskikk”. Det første alternativet er det som har mest rettspraksis og teori knyttet til seg. Grunnen til dette er sannsynligvis at ordlyden av ”urimelig” legger opp til en bred skjønnsmessig vurdering, hvor de fleste elementer kan være av interesse for helhetsvurderingen. Et interessant element ved vilkåret, er at det ikke er et krav at avtalen eller avtalevilkåret *er* urimelig. Det avgjørende er derimot at vilkåret etter en totalvurdering vil ”*virke* urimelig”.<sup>19</sup> Ordlyden tar sikte på å vise til at det er rimeligheten av det samlede resultatet av kontrakten som skal vurderes. Det vil si at det er virkningene av kontrakten på oppfyllestidspunktet som er det avgjørende. Dette betyr videre at hvorvidt det ved inngåelsen av kontrakten var rimelig eller urimelig å ta det omstridte vilkåret med i kontrakten, prinsipielt er uten betydning.<sup>20</sup> Når det gjelder alternativet ”i strid med god forretningsskikk”, er det ingen høyesterettspraksis på dette, og alternativet har neppe stor selvstendig betydning ved siden av urimelighetskriteriet.<sup>21</sup> Mange anser nok alternativet som et supplement til ”urimelig”. Et slikt synspunkt blir støttet i Rt. 2013 s. 388 hvor Høyesterett uttaler at, ”Det som er i strid med god forretningsskikk, vil i regelen også være urimelig”. Dommen omhandlet riktignok forholdet mellom privatperson og næringsdrivende, men det er rimelig å legge til grunn den samme oppfatningen i forhold mellom næringsdrivende. For at det skal bli aktuelt å vurdere en sak etter dette alternativet legger ordlyden opp til at det må foreligge en praksis i en bransje med en viss varighet og utbredelse, slik at det kan betegnes som ”forretningsskikk”. Dersom man kommer til at det eksisterer en slik praksis, blir spørsmålet om denne praksisen er ”god”.<sup>22</sup> Alternativet refererer seg derfor til den vanlige oppfatningen av forretningsetikk i den aktuelle bransje.<sup>23</sup> Det er imidlertid viktig å presisere at vilkåret ikke er at det skal være i overensstemmelse med forretningspraksis, men det må være i overensstemmelse med god forretningsskikk. Dette

---

<sup>17</sup> Giertsen, 2014, s. 218.

<sup>18</sup> NOU 1979: 32, Formuerettslig lempningsregel s. 61

<sup>19</sup> Mine kursiveringer

<sup>20</sup> Lilleholt, 2009 s. 262.

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 31

<sup>22</sup> Giertsen, 2014, s. 223.

<sup>23</sup> NOU 1979: 32 s. 51

innebærer at domstolen i hvert tilfelle må foreta en rimelighetsvurdering av den forretningspraksis som påberopes.<sup>24</sup>

## 2.2 Formål og prinsipper

Et av de viktigste prinsippene i norsk rett er at borgerne skal ha frihet til å inngå avtaler og til selv å regulere de forskjellige sider ved avtaleforholdet.<sup>25</sup> Men dette kan fort føre til en skjevhet i maktbalansen mellom partene. Dette var bakgrunnen for innføringen av avtl. § 36. Av forarbeidene fremgår det at ”(...) det er hensynet til å beskytte den svake kontraktspart mot den annen parts misbruk av avtalefriheten som er hovedbegrunnelsen for en lempningsregel.”<sup>26</sup> Ettersom det ofte er forbrukere som er den svake kontraktspart i et avtaleforhold og som kan bli utsatt for maktmisbruk, kan det virke som om bestemmelsen har et særlig fokus på forbrukervern.<sup>27</sup> En slik forståelse medfører likevel ikke riktighet da forarbeidene er tydelige på at det også vil være behov for å endre og tilsidesette avtalevilkår i andre partskonstellasjoner.<sup>28</sup>

Til tross for at avtl. §36 utvilsomt kan ha en positiv preventiv virkning, som beskyttelse av maktmisbruk, er det enkelte hensyn som vanskeliggjør en slik regel. Det viktigste er hensynet til forutberegnelighet. Forutberegnelighet kan forklares som muligheten til å forutberegne eller forutse sin egen rettsstilling.<sup>29</sup> Avtalepartene skal kunne forholde seg til avtalen slik den ble inngått. Dette er nært knyttet opp til prinsippet om at avtaler skal holdes. Dissenterende dommer i Rt. 1995 s. 1540 uttrykker det slik: ”Betenkelighetene ved en vid bruk av bestemmelsen ligger i at det svekker forutberegneligheten i avtaleforholdet. (...) Det generelle hensynet til forutberegnelighet, blant annet for å spare partene og samfunnet for tvister, veier etter mitt syn tungt, og må i atskillig grad gå foran ønsket om helt konkret rimelighet”. Det bør derfor ikke være mulig å anvende avtl. § 36 bare fordi avtalen viste seg å bli ufordelaktig for en av partene. Til tross for at uttalelsen er gitt av mindretallet og at partene i saken ikke var to næringsdrivende, men næringsdrivende og forbruker, må likevel synspunktet dissenterende dommer deler, anses å være uttrykk for en gjeldende rettsoppfatning. Grunnen til dette er at hensynet til forutberegnelighet er et av de mest grunnleggende hensynene i

---

<sup>24</sup> NOU 1979: 32 s. 60-61

<sup>25</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 9

<sup>26</sup> *ibid.* s. 5

<sup>27</sup> Woxholt, *Avtalerett*, 2014, s. 297.

<sup>28</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 28-29

<sup>29</sup> Giertsen, 2014, s. 8.

avtaleretten. Særlig viktig er det i forbindelse med kommersielle avtaler hvor planlegging, budsjetteringer og investeringer står sentralt. I slike avtaler er det derfor ikke kurant å fravike bare fordi den ene parten blir dårligere stilt enn først antatt.

På den andre siden står hensynet til fleksibilitet. Som en del av avtalefriheten, kan partene uten hindring gjennom hele avtaleperioden avtale seg imellom hvorvidt de skal endre eller fravike en avtale. Reforhandling og endringer kan være et svært vellykket kompromiss, sammenlignet med alternativene som å la avtalen være uendret eller opphøre.<sup>30</sup> Men i de tilfeller en av partene er uvillig til å endre, kan fleksibilitet også oppnås ved lempning, endring eller tilsidesettelse etter avtl. § 36. Imidlertid skal det ikke være kurant å påberope seg avtl. § 36, og terskelen for endring eller tilsidesettelse beror på en avveining mellom hensynet til forutberegnelighet og hensynet til fleksibilitet.

---

<sup>30</sup> Giertsen, 2014, s. 9.

### 3 Rettskildebildet av avtaleloven § 36 med vekt på kommersielle avtaler

Under høringen til avtl. § 36 var Norges Rederforbund de eneste som ønsket å begrense bestemmelsen til forbrukerforhold. De mente at for profesjonelle næringsdrivende, ville det neppe bli behov for en lempningsregel, ei heller benytte seg av den.<sup>31</sup> Momentet som anføres til støtte for et slikt standpunkt, er at profesjonelle parter ofte har store ressurser og selv er i stand til å ivareta sine interesser både under forhandlinger og underveis dersom det skulle oppstå uenigheter. I tillegg får gjerne profesjonelle aktører bistand fra tredjepart til å utforme kontrakten slik at uforutsette hendelser sjelden må tas stilling til.

Imidlertid er dette langt fra en ensartet praksis for alle kommersielle avtaler. Tilbakeholdenhet med å anvende avtl. § 36 forutsetter kontrakter som er utarbeidet med både innsikt, omhu og en stor grad av forutseenhet. Dette betyr at også i kommersielle forhold kan det bli nødvendig å anvende avtl. § 36 for å rette opp i skjevheter og urimeligheter. Annenvoterende dommer Aarbakke, uttaler kort og konsist i Rt. 1999 s. 922 (heretter Salhusbro-dommen) ”At avtaleloven § 36 også gjelder kontrakter mellom profesjonelle kontraktsparter, er etter min mening ikke tvilsomt”. Til tross for dissens, gjaldt ikke dissensen det prinsipielle spørsmålet om hvorvidt § 36 kunne anvendes i kommersielle forhold, og det må derfor antas at hele retten delte hans standpunkt.<sup>32</sup>

I den følgende delen skal det undersøkes hva de ulike rettskildene sier om adgangen og terskelen til å anvende § 36 på kommersielle avtaler, og hver rettskilde skal gjennomgås og studeres. Hensikten er å få en oversikt over rettstilstanden og klarlegge hva som skal til før man anvender § 36 på kommersielle avtaler. Beskrivelsen i punkt 3 vil dermed danne utgangspunktet for drøftelsen i punkt 4 som skal analysere de ulike faktorene som blir vektlagt mest.

---

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 29

<sup>32</sup> Woxholth, *Avtalerett*, 2014, s. 345.

## 3.1 Lovtekst

Lovtekstens ordlyd har ingen begrensninger med tanke på i hvilken grad bestemmelsen kan anvendes i kommersielle forhold. Lovteksten er vid, men inneholder likevel retningslinjer for anvendelsen av bestemmelsen. Alternativene i avtl. § 36 inngår i en helhetsvurdering og er ikke uttømmende.<sup>33</sup> Lovgiver anså imidlertid fem momenter av særlig betydning, herunder ”avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, (...) senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig”.

### 3.1.1 “Avtalens innhold”

Utgangspunktet for urimelighetsvurderingen etter avtl. § 36, er en vurdering av ”avtalens innhold”. Ordlyden tar sikte på å ramme innholdsmangler ved avtalen. Ofte vil slike innholdsmangler vise seg ved urimelige standardvilkår.<sup>34</sup> Men standard avtalevilkår som er veletablerte og allment praktiserte innen en spesifikk bransje, vil sjelden føre til endring eller tilsidesettelse etter avtl. § 36.<sup>35</sup> Dette samsvarer også med det som er nevnt foran om at det som er ”god forretningsskikk” neppe vil fremstå som urimelig.<sup>36</sup>

Forarbeidene oppgir flere momenter som kan bidra til å vurdere hvorvidt avtalen kan virke urimelig etter sitt innhold.<sup>37</sup> Eksempelvis bør bestemmelsen anvendes ”(...) overfor vilkår som på en urimelig måte legger avgjørelser i anledning avtaleforholdet i den ene parts hånd”.<sup>38</sup> Det kan komme til uttrykk ved at kjøperen er bundet av sitt tilbud i ubegrenset tid, mens selgeren står fritt i å bestemme om han vil akseptere tilbudet. Videre er det også av betydning dersom det er en ujevn fordeling av byrdene mellom partene. I tillegg kan det være en innholdsmangel dersom ytelsen bedrift A påtar seg med plikter, byrder og risiko ikke samsvarer med vederlaget fra bedrift B. Endelig må det også poengteres, at dersom den ene parten har misbrukt sine rettigheter fremkommet i avtalen, kan det gå i retning av urimelig etter avtl. § 36. Avtalens innhold må også til enhver tid vurderes opp mot den alminnelige rettsoppfatningen.<sup>39</sup> Men dersom partene har en avtalt risikofordeling, vil det tale mot lempning. En avtalt risikofordeling er ikke uvanlig i langsiktige kommersielle avtaler, og

---

<sup>33</sup> NOU 1979: 32 s. 61

<sup>34</sup> Geir Woxholth, *Avtalerett i et nøtteskall*, 2. utgave, Oslo 2014 s. 183.

<sup>35</sup> *ibid.* s. 184

<sup>36</sup> *ibid.*

<sup>37</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 31

<sup>38</sup> NOU 1979: 32 s. 52

<sup>39</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 31

innebærer en regulering for fremtidig utvikling. Ettersom en slik regulering kan slå begge veier, skal det noe til før det blir aktuelt med lempning etter avtl. § 36.<sup>40</sup>

### 3.1.2 “Partenes stilling”

Ordlyden av ”partenes stilling” kan indikere at bestemmelsen i første rekke har et særlig fokus på forbrukervern. Utviklingen i rettspraksis har imidlertid vist at bestemmelsen har fått betydning langt ut over området for forbrukervern.<sup>41</sup> Dette samsvarer også med uttalelsene i forarbeidene.<sup>42</sup> Siktemålet med alternativet er at man skal foreta en vurdering av hvorvidt ”(...) den ene avtalepart kan ha vært underlegen”<sup>43</sup> og om det dermed foreligger en typisk ressursmessig ubalanse.

For de tilfeller hvor en forbruker har en avtale med en næringsdrivende, er det ofte opplagt hvem som er den underlegne parten. Men også mellom næringsdrivende kan det være en underlegen part. Hva som her ligger i å være underlegen varierer. Det kan være av betydning hvem av partene som har utformet avtalen, partenes alder, innsikt, erfaring og andre subjektive forhold.<sup>44</sup> Alternativet ”partenes stilling” har vist seg å være av særlig betydning i kommersielle avtaler og skal derfor gjennomgå mer i detalj i punkt 4.2. Den særlige betydningen kan forklares med at partenes stilling er nært knyttet til bestemmelsens formål om å beskytte den svake part.

### 3.1.3 “Forholdene ved avtalens inngåelse”

Ordlyden tar sikte på å favne om tilblivelsesmangler. Tilblivelsesmangler reguleres i første omgang i avtl. §§ 28-33. Men ifølge forarbeidene skal avtl. § 36 benyttes i de tilfeller hvor § 33 ikke er anvendelig.<sup>45</sup> Forhold av relevans er hvor løftemottaker har utsatt løftegiver for press<sup>46</sup>, illojal oppførsel<sup>47</sup> eller hvis en avtalepart har avgitt sitt løfte under uriktige forutsetninger.<sup>48</sup> Likevel må den generelle retningslinje hevdes å være at den part som har

---

<sup>40</sup> Woxholth, *Avtalerett i et nøtteskall*, 2014 s. 186.

<sup>41</sup> Geir Woxholth, ”Forutsetningslæren og avtaleloven § 36”, *Tidsskrift for forretningsjus*, 2000 s. 32-56 (pkt 6.1).

<sup>42</sup> NOU 1979: 32 s. 47-48

<sup>43</sup> Ot.prp. nr.5 (1982-1983) s. 33

<sup>44</sup> *ibid.*

<sup>45</sup> NOU 1979: 32 s. 50

<sup>46</sup> Woxholth, *Avtalerett*, 2014, s. 326.

<sup>47</sup> Rt. 2008 s. 1365

<sup>48</sup> Woxholth, *Avtalerett i et nøtteskall*, 2014, s. 178.

kunnskap om relevante forhold og evnen til å forstå virkningen av avtalevilkåret og som frivillig aksepterer det, er bundet selv om vilkåret kan fremstå som urimelig.<sup>49</sup> Det kan ut fra dette utgangspunktet synes noe vanskelig å vinne frem med urimelighet basert på ”forholdene ved avtalens inngåelse” etter avtl. § 36 i kommersielle forhold.

### **3.1.4 “Senere inntrådte forhold”**

Av og til kan avtaleforholdet utvikle seg i perioden mellom avtaleinngåelse og oppfyllelse. I enkelte tilfeller kan en slik utvikling virke urimelig for en av avtalepartene hvis avtalen skal stå seg. Det er slike tilfeller ordlyden er ment å omfatte. I langvarige avtaler, som kommersielle avtaler ofte er, er vanlige anførsler at avtalen er fysisk farlig å oppfylle, fysisk vanskelig eller umulig å oppfylle, ulovlig å oppfylle eller det vil bli økonomisk mer byrdefullt å oppfylle.<sup>50</sup>

I entreprisekontrakter er det særlig det siste momentet som anføres i retning lempning. Uventede hendelser kan inntre, og dersom man ikke har tatt forbehold om utsettelse eller tilleggsbetaling, kan avtalen fort bli økonomisk byrdefull for den ene parten. I slike avtaler er det derfor særlig viktig å presisere hvorvidt parten skal levere en innsats- eller resultatforpliktelse. I de tilfeller hvor en part skal levere et resultat, eksempelvis bygge et næringsbygg innen en bestemt dato, og uventede begivenheter inntre og forbehold ikke er tatt, er det i kommersielle avtaler en svært høy terskel for å kreve lempning. Eksempler på dette er både Salhusbro-dommen<sup>51</sup> og Rt. 2010 s.1345 (heretter Oslo Vei-dommen) som begge skal gjennomgås nedenfor i punkt 4.

### **3.1.5 “Omstendighetene for øvrig”**

I tillegg til de ovennevnte vurderingsalternativer skal det også tas hensyn til ”omstendighetene for øvrig”. Ordlyden indikerer med dette at bestemmelsen ikke er uttømmende og kan derfor betegnes som en sekkebestemmelse. Som Krüger skriver: ”Det er overhodet ikke lett å tenke seg momenter som faller utenom det som dommeren kan ta hensyn til.”<sup>52</sup> Men normalt legger man ikke ”(...) utslagsgivende vekt på forhold som ikke faller inn under de mer spesifiserte

---

<sup>49</sup> Ola Mestad: *Kontraktstrevisjon og nyliberalisme: Avtaleloven § 36, Høgsterett og forholda ved kontraktsinngåinga*, s. 33 i Giertsen, 2014, s. 234.

<sup>50</sup> Woxholth, *Avtalerett*, 2014, s. 349.

<sup>51</sup> Rt. 1999 s. 922

<sup>52</sup> Krüger, 1989, s. 422.

kriteriene i lovens oppregning, men forholdene kan unntaksvis ligge annerledes an.”<sup>53</sup> Det betyr at omstendigheter som ikke har noen direkte forankring i det kommersielle avtaleforholdet, men fremstår som mer perifere, bare kan tillegges en ubetydelig vekt i helhetsvurderingen.

## 3.2 Forarbeider

Forarbeidene til avtl. § 36 har hatt sin viktigste funksjon ved å gi retningslinjer for når terskelen for urimelighet anses oversteget og kan dermed supplere lovtekstens ordlyd. Terskelen er høy, og det er ikke nok at det kan tenkes rimeligere løsninger.<sup>54</sup> Uttalelsen fra forarbeidene er om den generelle lempningsterskelen. Ettersom hensynet til forutberegnelighet og kontraktsikkerhet står sentralt i kommersielle avtaler, er det rimelig å legge til grunn at terskelen for å anvende bestemmelsen i slike forhold er enda høyere enn i forbrukerforhold hvor disse hensynene ikke er like fremtredende.<sup>55</sup>

Til tross for den høye terskelen, er avtalelovens forarbeider klare på at avtl. § 36 kan anvendes på kommersielle avtaler. For det første er det styrkeforholdet mellom avtalepartene som er av interesse, og styrkeforskjell kan det også være mellom næringsdrivende. For det andre fremheves det at de eksisterende generalklausulene i lovverket ikke er begrenset til forbrukerforhold. Endelig er det et argument at store deler av den preseptoriske lovgivningen i hovedsak har hatt forbrukerne som siktemål. Dette har skjedd til tross for at også enkelte næringsdrivende kan ha behov for beskyttelse og vern mot urimelige avtalevilkår og avtaler. Det er derfor all grunn til at bestemmelsen også skal fange opp urimelige avtaleforhold mellom profesjonelle avtaleparter.<sup>56</sup>

Ved å sammenligne med forbrukerforhold, er det i forarbeidene prøvd å sette en terskel for bestemmelsen for kommersielle avtaler. Ofte er det lettere å sette til side avtalevilkår hvis en forbruker er en av partene, ettersom han gjerne er den svake part. Men som tidligere nevnt kan det også mellom næringsdrivende være en svakere part. Til forskjell fra forbrukerforhold, må man i større grad ved kommersielle avtaler ta hensyn til de forhold som er særlig gjeldende i forretningslivet, som for eksempel at den ene parten har påtatt seg en kalkulert

---

<sup>53</sup> Woxholth, *Avtalerett i et nøtteskall*, 2014, s. 194.

<sup>54</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 30

<sup>55</sup> *ibid.* s. 36

<sup>56</sup> NOU 1979: 32 s. 47-48, gjentatt i Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 29



risiko.<sup>57</sup> At den ene parten påtar seg en betydelig risiko, er relativt vanlig i kommersielle avtaler. Risikoen veies imidlertid ofte opp mot et passende vederlag og dermed avspeiles risikoen den ene parten har tatt. Både risikoen og vederlaget har bakgrunn i kalkyler og risikobedømmelser foretatt av partene. Partene har således mulighet til å avtale seg imellom hvor risikoen skal plasseres og hva denne er verd. Dette er argumenter som taler mot lempning av kommersielle avtaler.<sup>58</sup>

Til tross for at forarbeidene tilsynelatende kan gi konkrete retningslinjer, må man være forsiktig med å tillegge dem for mye vekt. Forarbeidene ble skrevet og utarbeidet for over 30 år siden. Det har skjedd betydelige endringer i løpet av disse årene, og ved å legge ukritisk vekt på gamle uttalelser, kan man risikere å få avgjørelser som ikke er i tråd med samfunnsutviklingen. I tillegg gir forarbeidene tvetydig uttrykk for hvordan bruken av avtl. § 36 skal være. På den ene siden legges det opp til en svært restriktiv praksis og høy terskel for anvendelse av bestemmelsen ved å uttale at ”Det ligger også i formuleringen ”urimelig” at et vilkår må være positivt urimelig for at det skal kunne lempes (...). ”Urimelig” må oppfattes som i seg selv et ganske strengt kriterium, som det ikke vil være kurant å påberope”.<sup>59</sup> På en annen side indikerer forarbeidene et behov for at domstolene har en kritisk holdning til vilkår utarbeidet av den overlegne part.<sup>60</sup>

At forarbeidene gir blandede signaler, er likevel logisk da avtl. § 36 er en generalklausul. Terskelen vil derfor kunne variere fra kontraktsområde til kontraktsområde og mellom saksforholdene.

### 3.3 Høyesterettspraksis

Professor Giertsen hevder at krav om lempning mellom profesjonelle etter avtl. § 36, per desember 2013, aldri har ført frem i Høyesterett.<sup>61</sup> Dette kan synes noe kategorisk. Høyesterett har anvendt § 36 og satt til side kommersielle avtaler, men da ved tilfeller hvor verken saksforholdet eller partene har vært ordinære og rendyrkede. Et eksempel på dette finner vi i Rt. 1988 s. 276 (heretter Røstad-dommen). Tvisten stod om hvorvidt Andreas Røstad kunne kreve oppregulering av en festeavgift til en eiendom staten leide av ham.

---

<sup>57</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 29

<sup>58</sup> NOU 1979: 32 s. 47-48

<sup>59</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 30

<sup>60</sup> *ibid.* s. 5

<sup>61</sup> Giertsen, 2014, s. 231.

Avtalen mellom Røstad og staten var i utgangspunktet uoppsigelig. Kontrakten ble inngått i 1899 og festeavgiften skulle være 200 kr per år. Røstad reiste i 1984 søksmål mot staten og krevde oppregulering av avgiften fordi inflasjonen hadde ført til at kjøpekraften av vederlaget hadde falt kraftig. Flertallet i Høyesterett kom til at avgiften måtte økes ved å endre avtalen etter avtl. § 36. Det er helt klart at styrkeforholdet mellom staten og en privat gårdsbruker er alt annet enn jevnt, men ettersom Røstad var gårdbruker, kan man etter hans næring anse ham som profesjonell. Selv om partene verken var rendyrkede eller ordinære, kan avtalen likevel karakteriseres som kommersiell. Bortsett fra særtilfeller som dette konkluderer Høyesterett sjelden med anvendelse av avtl. § 36 på kommersielle avtaler.

Etter Grunnloven § 88 dømmer Høyesterett i siste instans og gis dermed retten til å avgjøre enkeltsaker.<sup>62</sup> I disse avgjørelsene har Høyesterett myndighet til å fastsette lovtekstens innhold og gi uttrykk for rettsoppfatninger. Det interessante er dermed hvor Høyesterett har satt terskelen for anvendelse av avtl. § 36 i kommersielle forhold. I Rt. 1988 s. 295 uttaler førstvoterende ”Jeg tilføyer at det ikke er tale om noe slikt forretningsmessig forhold hvor det kan være særlig grunn til å la hver part bære risikoen for sine forutsetninger”. Uttalelsen indikerer samme oppfatning som forarbeidene, nemlig at det er en høyere terskel for å fravike kommersielle avtaler sammenlignet med ikke-kommersielle. Denne oppfatningen kommer også til uttrykk i andre dommer. I Rt. 2000 s. 806 (heretter Oslo energi-dommen) blir det fremhevet at det kreves ”sterke grunner” for lempning og at terskelen er ”høy”. Denne oppfatningen blir skjerpet i Rt. 2003 s. 1132 og det blir understreket at det skal ”svært meget” til før lempning blir aktuelt.

I Rt. 2011 s. 1168 var tvistens parter et samboerpar, men dommen fungerer godt som illustrasjon til den generelle lempningsterskel: ”Lemping er ikke kurant, listen ligger høyt. Det er alltid en risiko for at én av partene mener å ha kommet uheldig ut, eller av andre grunner angrer seg. Denne muligheten må de som hovedregel ta på kjøpet (...). En lempingspraksis hvor også mer moderate urimeligheter medfører tilsidesettelse eller endring, kan lett lede til usikkerhet knyttet til avtalte oppgjør (...). Det er de klare tilfeller av urimelighet man skal til livs (...). Avtaler der det kan påvises at en part har utnyttet et skjevt styrkeforhold eller har opptrådt illojalt, står i en særstilling.” Sammenholdt med ovennevnte uttalelser fra Høyesterett og forarbeider, skal det dermed enda mer til for å lempe i kommersielle avtaleforhold.

---

<sup>62</sup> Lov 17. Mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

### 3.4 Voldgiftspraksis

Det er ikke bare i Høyesterett avtl. § 36 vurderes. Et alternativ til de alminnelige domstolene er voldgiftsbehandling.<sup>63</sup> Ved forretningstvister blir voldgiftsbehandling ofte foretrukket fremfor søksmål og dom ved ordinære domstoler. Det er flere grunner til dette. I tillegg til at avgjørelsen er både endelig og bindende – det er begrenset adgang til overprøving - får man som regel en raskere løsning enn ved ordinære domstoler. I saker mellom næringsdrivende er dette ofte av stor betydning da begge parter kan være tjent med å få en hurtig avgjørelse og dermed legge uenigheten bak seg. I tillegg er hovedregelen at voldgiftsbehandlingen ikke er offentlig, med mindre partene ønsker det.<sup>64</sup> I tvister mellom næringsdrivende kan dette være en stor fordel, da dårlig omdømme kan gi alvorlige konsekvenser for bedriften.

På tross av at voldgiftsdommer ikke har samme rettskildevekt som høyesterettspraksis, kan de likevel tjene som eksempler i analysen av avtl. § 36 på kommersielle avtaler. Argumentene, hensynene og drøftelsene som fremkommer i voldgiftsdomstolen kan være vel så gjeldende som de som fremkommer i de ordinære domstolene. I tillegg er det vanligvis juridiske professorer, dommere og erfarne advokater som får i oppdrag å være voldgiftsdommer. Dette bidrar til at dommene bærer preg av stor faglig tyngde. De er i tillegg grundige og samsvarer med samfunnsutviklingen, forretningslivet og andre relevante omstendigheter. Dette samsvarer med synspunktet i juridisk teori hvor det fremgår at der faglig kompetente dommere treffer avgjørelser på grunnlag av en grundig prosedyre, må avgjørelsene presumeres å ha betydelig interesse på et rettsområde med få tungtveiende rettskilder.<sup>65</sup>

### 3.5 Reelle hensyn

Dersom hensynet til fleksibilitet blir tillagt mest vekt i vurderingen mellom forutberegnelighet og fleksibilitet, er det likevel ikke ensbetydende med at en part kan fravike hele avtalen. Fleksibiliteten viser seg nettopp ved at partene kan bli enige om å endre hele avtalen eller et urimelig vilkår, sette et vilkår til side eller sette hele avtalen til side. Kommersielle avtaler er ofte nært knyttet markedet. Når markedet svinger, kan det derfor være mer hensiktsmessig å endre avtalen fremfor å tilsidesette den. På den måten kan begge parter fortsatt være tjent med å opprettholde avtalen.

---

<sup>63</sup> Krüger, 1989, s. 868.

<sup>64</sup> *ibid.* s. 865-866

<sup>65</sup> Hagstrøm, 2011, s. 56.

I vurderingen av hvorvidt en avtale kan lempes etter avtl. § 36, kan lojalitetsplikten få betydning.<sup>66</sup> Lojalitetsplikten kan kort forklares som partenes opplysning- og veiledningsplikt overfor hverandre.<sup>67</sup> Det er flere sider ved denne. Den kan først og fremst anvendes hvis partene har ulik ressursstyrke. I slike tilfeller er det viktig at den overlegne parten sørger for å formulere avtalevilkår klart og forståelig, slik at den underlegne parten er innforstått med avtalens innhold. En annen side ved lojalitetsplikten kan sies å være at den overlegne parten i noen tilfeller advarer den underlegne parten om avtaleforholdet og avtalens innhold. Denne siden av lojalitetsplikten er imidlertid mindre fremtredende i kommersielle forhold da det må antas at begge parter i en viss grad er i stand til å ivareta sine egne interesser. Den viktigste siden ved lojalitetsplikt i forbindelse med kommersielle avtaler, må være at begge parter går inn i avtaleforholdet med den informasjonen de besitter som er relevant og nødvendig. Ettersom adgangen til å fravike avtaler er høyere ved kommersielle avtaler enn andre avtaler, er dette et viktig ledd i avtaleinngåelsen.

Vurderingen mellom forutberegnelighet, fleksibilitet og overholdelse av lojalitetsplikten er ikke ukomplisert. I tillegg vil rimelighet- og rettferdighetshensyn kunne gjøre seg gjeldende. Rimelighetshensynet vil på mange måter stå i kontrast til forutberegnelighetshensynet. Enkelte avtaler kan være så urimelige at det vil stride mot rettferdighetssyn å la dem være gjeldende. Dersom en part åpenbart har utnyttet sin posisjon og motparten blir stilt i en svært ufordelaktig situasjon, kan det derfor tilsi at hensynet til forutberegnelighet må vike. Ettersom partene i kommersielle avtaler er profesjonelle, kan man hevde at de har et særlig ansvar for å unngå urimelige avtaler. Hvis domstolen tildeler rimelighets- og rettferdighetshensyn en ikke-uvesentlig plass i vurderingen av avtl. § 36, kan det skape en preventiv effekt som gjør at profesjonelle parter blir mer bevisst på innholdet og virkningene av avtalene de inngår. Domstolens oppgave er dermed å vurdere vekten til prinsippet om at avtaler skal holdes sammenholdt med hensynet til forutberegnelighet mot de rimelighetshensyn som anføres av den ene parten i retning av å anvende avtl. § 36.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Woxholth, *Avtalerett*, 2014, s. 278.

<sup>67</sup> Lilleholt, 2009, s. 240.

<sup>68</sup> Woxholth, *Avtalerett*, 2014, s. 296.

## 4 Gjeldende rett av avtaleloven § 36 på kommersielle avtaler

Som vist i forrige kapittel er det flere argumenter, hensyn og uttalelser som gjentas i de ulike rettskildene. Men på grunn av få og ulike dommer der avtl. § 36 er benyttet, hersker det stor usikkerhet når det gjelder anvendelsesområdet på kommersielle avtaler. På tross av dette mener jeg det er gode muligheter for å sammenfatte momentene fremkommet i rettskildene og dermed gi retningslinjer for hva som skal til for at en næringsdrivende kan fravike en bindende avtale.

### 4.1 Kriminell atferd

Et utvilsomt og opplagt moment i et samfunn med fokus på overholdelse av lover og regler, er at straffbare handlinger blir straffet.

Dette var tilfelle ved en dom i Rt. 2012 s. 393. Her hadde en administrerende direktør i et rederi kjøpt fire prosent av aksjene i rederiet. Lovdata formulerer hendelsesforløpet som følgende "Aksjekjøpsavtalen inneholdt en klausul om rett for selgeren til å kjøpe aksjene tilbake til markedsverdi hvis ansettelsesforholdet opphørte, dog slik at markedsverdien skulle reduseres med 10 % "dersom avslutningen av ansettelsesforholdet skyldes avskjedigelse i henhold til arbeidsmiljøloven § 66". Rederiets shippingvirksomhet ble senere solgt. I forbindelse med salget mottok direktøren et betydelig beløp som "kommisjon" fra en tredjepart. For dette ble han dømt for grov økonomisk utroskap mot arbeidsgiveren og grovt bedrageri overfor vedkommende tredjepart til fengsel i 3 år og 6 måneder. Han ble også avskjediget. I forbindelse med tilbakekjøpet av aksjene gjorde selgeren gjeldende at direktøren bare hadde krav på tilbakebetaling av kjøpesummen fratrasket utbetalt utbytte". Høyesterett konkluderte enstemmig at et slikt ekstraordinært tilfelle ikke kunne være ment uttømmende regulert av lempningsklausulen i aksjekjøpsavtalen, og måtte derfor kunne suppleres av avtl. § 36.

Ved den konkrete helhetsvurderingen etter avtl. § 36 ble det ansett som urimelig og støtende om direktøren etter et slikt grovt pliktbrudd for å oppnå egen vinning, skulle bli sittende med gevinst etter oppgjør av incentivavtalen. At tilsidesettelse av avtalen ga selgeren en bedre posisjon enn om avtalen var blitt gjennomført etter sin ordlyd, ble ikke tillagt vekt. Avtalen

ble etter dette satt til side i medhold av avtl. § 36. Til tross for at tvisten ikke er et helt ordinært avtl. § 36-tilfelle, kan avtalen mellom partene likevel betegnes som kommersiell ettersom begge parter opptrådte som profesjonelle.<sup>69</sup> Woxholth anerkjenner at slike tilfeller ikke er bestemmelsens kjerneområde, men det er likevel ikke noe "(...) oppsiktsvekkende, når det urimelige forholdet er så kvalifisert som i dette tilfellet."<sup>70</sup>

Hvor det kan påvises en kriminell atferd mellom to næringsdrivende som kan betegnes som svikaktig, grovt pliktbrudd eller illojal oppførsel, vil det som regel føre til anvendelse av avtl. § 36.

## 4.2 Partenes stilling

Den andre retningslinjen fremgår allerede av lovteksten. Ordlyden indikerer at ubalanse i styrkeforhold kan føre til anvendelse av avtl. § 36 på kommersielle avtaler. Ubalansen kan vise seg ved at den ene parten har et større apparat bak seg enn den andre. Et slikt apparat kan være en "ekspertisegruppe" - bestående av eksperter innenfor juss, økonomi og marked for å ha en klar tanke, fremdrift og gjennomslagskraft i den hensikt å nå et bestemt mål. Det er lite tvilsomt at en bedrift med et slikt apparat stiller sterkere enn en bedrift som kun har en daglig leder til å vurdere og reforhandle avtalen.

I ND. 2000 s. 240 fokuserer retten på kompleksiteten ved kommersielle avtaler med profesjonelle parter. Retten uttaler at "Kontraktene (...) inngås mellom store og ressurssterke foretagender som råder over ekspertise innenfor alle tekniske, kommersielle og juridiske fagområder (...) Voldgiftsretten (...) er i utgangspunktet av den oppfatning at domstolene i alminnelighet bør være tilbakeholdne med å rokke ved kontraktsbundne posisjoner på dette område, det være seg tolkningsgrunnlag eller gjennom avtalerevisjon". Uttalelsen antyder varsomhet med anvendelse av avtl. § 36 mellom profesjonelle parter. Likevel kommer det klart til uttrykk i ND. 1990 s. 204 (heretter Ula-dommen) at dersom det er en klar ubalanse i styrkeforholdet, så kan det tale for lempning. Retten formulerer det som at: "Dersom den ene kontrahent på avtaletiden sitter i en maktposisjon i forhold til den annen kontrahent, og dette resulterer i en avtale hvor balansen klart vipper i den førstnevnte parts favør, kan det være gode grunner til å utøve sensur med hjemmel i § 36."

---

<sup>69</sup> Woxholth, *Avtalerett*, 2014, s. 297-298.

<sup>70</sup> Geir Woxholth, "Avtaleloven § 36. Lemping av avtale som selv inneholder en lempningsklausul – RT. 2012 s. 393", *Nytt i privatretten*, 14.årgang s. 1-28 (s. 23).

På en annen side er det viktig å understreke at selv om partene ikke er jevnbyrdige, er de likevel profesjonelle. De har en viss faglig innsikt som gjør at bak de fleste avtaler ligger det arbeid, kalkulerter risikoer og et klart ønske om økonomisk vinning. Den som spekulerer, må også vite at en investering kan slå begge veier. En avtale kan ikke settes til side alene på grunn av at avtalen ikke svarer til forventningene. Særlig når det er profesjonelle parter, må man stå til ansvar for sin egen investeringsrisiko. Av denne grunn skal man ikke overvurdere alternativet om ”partenes stilling” i forbindelse med kommersielle avtaler.

Likevel viser blant annet Røstad-dommen<sup>71</sup> at selv om partene kan kategoriseres som profesjonelle, er det likevel av betydning dersom de har et ulikt utgangspunkt for å ivareta sine interesser. Til tross for at retten ikke diskuterte partenes stilling i særlig utstrekning, er det rimelig å anta at Røstads underlegne stilling var et moment i hans favør. Men som professor Alf Petter Høgberg sier, må partenes stilling ha påvirket enten avtalens innhold, eller avtaleslutningen for at det skal være et relevant moment å vektlegge.<sup>72</sup> Det vil si at selv om forarbeidene viser til subjektive faktorer som alder og innsikt<sup>73</sup>, vil slike omstendigheter kun være relevant hvis det var dette som førte til at avtalen er innholdsmessig urimelig eller at avtalen i det hele tatt ble inngått.<sup>74</sup>

Under høringen til avtl. § 36 uttrykte Norges Lastebileier-Forbund at det vil ofte være riktig å sidestille små næringsdrivende med forbrukere i forbindelse med urimelige avtaler.<sup>75</sup> Et slikt syn har flere betenkeligheter ved seg. Forbrukere og mindre næringsdrivende stiller i ulike kategorier, der forbrukere sjelden har de samme forutsetningene som en næringsdrivende. Mindre næringsdrivende derimot, har større muligheter for å tilegne seg kunnskap og innsikt om forholdene rundt avtaleinngåelse. Videre fremhever forarbeidene at forutberegnelighet og muligheten for å overskue en avtales konsekvenser ofte må tillegges en helt annen vekt i forhold overfor forbrukere enn i forretningsmessige forhold.<sup>76</sup> I kommersielle forhold må det forventes at parten er innforstått med risikoen ved å inngå en avtale med en mer overlegen part. Det vises i denne forbindelse til den nevnte uttalelse i Rt. 1988 s. 295 om at det i forretningsmessige forhold er særlig grunn til å la hver part bære risikoen for sine forutsetninger.

---

<sup>71</sup> Rt. 1988 s. 276

<sup>72</sup> Norsk Lovkommentar til avtaleloven (elektronisk utg.), note 144 til Avtl. § 36, ved Alf Petter Høgberg

<sup>73</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 33

<sup>74</sup> Norsk Lovkommentar til avtaleloven (elektronisk utg.), note 144 til Avtl. § 36, ved Alf Petter Høgberg

<sup>75</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 29

<sup>76</sup> NOU 1979: 32 s. 48

Tross dette er styrkeforholdet et viktig moment. Det faktum at begge parter er næringsdrivende, fritar ikke automatisk den overlegne part for ansvar. Partenes stilling synes å rette seg mot de tilfeller hvor den overlegne parten har misbrukt sin posisjon. Dette er nært knyttet opp til lojalitetsplikten partene imellom. Selv i et knallhardt forhandlingsmiljø kan det være riktig å lempe en avtale dersom den overlegne part har beveget seg på kanten av hva man kan godta som lojalt.

### 4.3 Kontraktens varighet

En tredje retningslinje gjentatt i eksempelvis Oslo Vei-dommen<sup>77</sup> og Oslo energi-dommen<sup>78</sup>, er kontraktens varighet. Momentet har flere sider ved seg. Det at avtalen er langsiktig, kan være urimelig i seg selv.<sup>79</sup> Videre kan det i langvarige avtaler, være større grunn til å godta endringer enn i kortvarige avtaler. Dette har bakgrunn i at i langvarige avtaler kan det være vanskelig å forutse forholdene på lang sikt, og hvilke endringer som kan oppstå. Derfor er det nokså vanlig i langvarige avtaler å innta egne klausuler som åpner for endring eller tilsidesettelse av avtalen dersom uventede begivenheter inntreffer.

Dersom det ikke er tatt inn slike klausuler, blir spørsmålet hva som anses å være en langvarig kontrakt. I Oslo Vei-dommen<sup>80</sup> fremhevet Høyesterett at det var tale om en kortvarig kontrakt. Kontrakten hadde en varighet fra 01.09.2006 til 31.08.2011. Fem år ble dermed ansett for å være kortvarig. I Oslo energi-dommen<sup>81</sup> stod tvisten mellom Oslo Lysverker og Hol kommune. Avtalen mellom partene ble inngått 1. januar 1984 uten noen oppsigelsesbestemmelse, men hvor det var fastsatt at den kunne tas opp til revisjon etter 20 år. Da saken kom opp for Høyesterett i 2000, ble det uttalt at ”Videre viser jeg til at det ikke gjelder en evigvarende eller spesielt langvarig avtale. I dag er det bare 3-4 år igjen av løpetiden, og det var først etter ca 10 år at Oslo Lysverker reagerte på rimeligheten av avtalen (...).” Dette tilsier at heller ikke avtaler over et tidsrom på 20 år anses for å være langvarige.

Imidlertid fremgår det i dommen at i vurderingen bør man også vektlegge når den påståtte urimelighet ble anført. Dersom urimeligheten ble anført lenge etter avtalen trådte i kraft og den viste seg fra avtalens begynnelse, er det et argument som taler mot endring eller

---

<sup>77</sup> Rt. 2010 s. 1345

<sup>78</sup> Rt. 2000 s. 806

<sup>79</sup> Norsk Lovkommentar til avtaleloven (elektronisk utg.), note 143 til Avtl. § 36, ved Alf Petter Høgberg

<sup>80</sup> Rt. 2010 s. 1345

<sup>81</sup> Rt. 2000 s. 806



tilsidesettelse. Dette er også naturlig da det er lite sannsynlig at vilkåret voldte store urimeligheter hvis det ikke ble anført fra begynnelsen av, hensett til at det forelå allerede da.

I Røstad-dommen<sup>82</sup> var avtalen mellom Røstad og Staten uoppsigelig. Avtalens ordlyd åpnet heller ikke for at festeavgiften kunne reguleres og endres. Førstvoterende fremhevet flere grunner til at avtl. § 36 måtte komme til anvendelse. For det første hadde avtalen medført en ”ekstrem ubalanse”. Videre hadde ikke partene på avtaletidspunktet grunnlag for å forutse prisutviklingen. Endelig var det et poeng at avtalen var uoppsigelig fra grunneierens side, mens Staten hadde en generell oppsigelsesrett. Avgjørelsen bygget på både partenes stilling, kontraktens varighet og at avtaleforholdet lå ensidig hos den ene part. Disse momentene sammenholdt gikk i retning av lempning etter avtl. § 36.

Både Oslo Vei-dommen<sup>83</sup> og Røstad-dommen<sup>84</sup> indikerer at varighet er et moment av relevans i vurderingen av avtl. § 36 på kommersielle avtaler. Kontrakten må være langvarig og i hvert fall ikke mindre enn 20 år før det kan bli aktuelt å anvende avtl. § 36. Woxholth innskrenker ikke desto mindre momentet ved å hevde at det mellom jevnbyrdige næringsdrivende vil være mest aktuelt å lempe ”(...) langvarige kontrakter som inneholder urimelige ansvarsfraskrivelses- og ansvarsbegrensningsklausuler eller en prisregulering som av upåregnelige grunner slår massivt skjevt ut.”<sup>85</sup>

## 4.4 Resultatforpliktelser

Som nevnt i punkt 3.1.4 er det i vurderingen av hvorvidt en part kan fravike en bindende avtale viktige å skille mellom resultat- og innsatsforpliktelser. Hvis en part har avtalt å yte en innsatsforpliktelse, vil det si at parten har forpliktet seg til å yte en kontraktsmessig innsats for at resultatet skal nås. Det kan være en advokat som har påtatt seg å forsvare en klient. Dersom advokaten har gjort en faglig forsvarlig innsats i retten, har han rett på salær uavhengig av om han vant saken. Annerledes er det med resultatforpliktelser. Ved resultatforpliktelser er hensikten at parten skal ha frembrakt det avtalen krever, eksempelvis en byggherre har

---

<sup>82</sup> Rt. 1988 s. 276

<sup>83</sup> Rt. 2010 s. 1345

<sup>84</sup> Rt. 1988 s. 276

<sup>85</sup> Woxholth, *Avtalerett*, 2014, s. 345-346.

forpliktet seg til å oppføre et bygg.<sup>86</sup> Skillet er aktuelt i rimelighetsvurderingen da det har vist seg å være vanskelig å lempe resultatforpliktelser.

Til tross for at Salhusbro-dommen<sup>87</sup> og Oslo Vei-dommen<sup>88</sup> i stor grad berører skillet mellom forutsetningslæren og avtl. § 36, kommer de likevel med viktige retningslinjer hva gjelder næringsdrivende og fravikelse av avtaler. I Salhusbro-dommen<sup>89</sup> var tvisten mellom AF Salhus Flytebru (heretter Salhus) og Statens Vegvesen. Avtalen gikk ut på at Salhus skulle bygge en bro i stål over Salhusfjorden. Etter hvert kom det sprekker i stålet som følge av for mye fuktighet i sveisen. Opprettingsarbeidet bestod hovedsakelig av for- og ettervarming av sveisen. Uenigheten mellom partene gjaldt kostnadene knyttet til tilleggsarbeidet. Salhus anførte prinsipielt at staten var ansvarlig direkte etter kontrakten, subsidiært at staten var ansvarlig etter læren om bristende forutsetninger. Salhus' krav om kostnadsdekning vant ikke frem verken hos flertallet eller mindretallet.

Flertallet med førstvoterende avviste revisjonskravet på grunnlag av læren om bristende forutsetninger. Annen- og tredjevoterende var enig med førstvoterende, men på et annet rettskildegrunnlag. De mente at revisjonskravet skulle avvises etter avtl. § 36 da denne hadde erstattet forutsetningslæren. Annenvoterende dommer Aarbakke uttalte følgende:

”Utgangspunktet for den rettslige vurderingen av entreprenørens krav om tilleggsvederlag må være at entreprenøren ved entreprisekontrakten påtok seg en resultatforpliktelse, dvs. en forpliktelse til å levere stålkassen til brua slik den etter kontraktsendringene var prosjektert av byggherren.(...) Produksjonsmåten var (...) overlatt til entreprenøren og tilhørte klart nok hans kontraktsmessige risikoområde.” Uttalelsen går klart i retning av å vise at i de tilfeller hvor den ene parten påtar seg en resultatforpliktelse, er det hans risiko dersom endrede forhold oppstår og dette vanskeliggjør en fravikelse.

Det samme utgangspunktet ble trukket opp i Oslo Vei-dommen<sup>90</sup>. Også denne saken omhandlet hvordan kostnadsfordelingen skulle være når det viste seg at tjenesten ble dyrere enn først antatt. Tvisten stod mellom Oslo Vei og Statens Vegvesen. Oslo Vei hadde fått i oppdrag å drifte og vedlikeholde flere veier på Østlandet. Vinterstid omfattet dette arbeidet blant annet snøbrøyting, snø- og isrydding og strøing. Kontrakten inneholdt ingen angivelser

---

<sup>86</sup> Giertsen, 2014, s. 261.

<sup>87</sup> Rt. 1999 s. 922

<sup>88</sup> Rt. 2010 s. 1345

<sup>89</sup> Rt. 1999 s. 922

<sup>90</sup> Rt. 2010 s. 1345

av hvilke mengder salt som måtte benyttes for å tilfredsstille kontrakten. Men Statens Vegvesen hadde lagt ved ”historiske vinterdriftsdata” slik at Oslo Vei kunne gi et anbud. Oslo Vei hadde tatt utgangspunkt i disse tallene, samt lagt inn en sikkerhetsmargin på 10% da det var rimelig å anta at medgåtte saltmengder per vintersesong kunne variere. Imidlertid viste det seg at saltforbruket ble atskillig høyere enn det Oslo Vei hadde kalkulert med da de ga sitt tilbud til Statens Vegvesen. Tvistens hovedspørsmål var dermed hvem som skulle dekke merforbruket av salt.

Også i dette tilfelle var det tale om en resultatforpliktelse, all den tid Oslo Vei hadde påtatt seg arbeidet med å salte veiene på Østlandet slik at de kunne bli kjøreklare. Høyesterett sa her ”Risikoen for hvilke saltmengder som er nødvendige for å oppfylle kontraktens krav til vegstandard, er (...) i kontrakten bevisst plassert hos Oslo Vei som entreprenør.”

Dommene viser at der parten som påberoper lempning på grunn av endrede omstendigheter også har påtatt seg en resultatforpliktelse for å oppfylle kontraktens vilkår, sjelden vil bli hørt med lempning. Den viktigste grunnen til dette, er nok at den som har påtatt seg en resultatforpliktelse som regel er den som har mest kjennskap til hva slags tjeneste som skal ytes, hva som skal til for at tjenesten skal ytes, hvor lang tid tjenesten vil ta og hvor mye tjenesten omtrentlig vil koste. I de tilfellene hvor vedkommende part har feilberegnet, er det urimelig at den andre part skal bli skadelidende for en slik feilberegning. Antitetisk viser dommene at i de tilfellene hvor den ene part har påtatt seg en resultatforpliktelse og den andre part ønsker å fravike, vil det være større muligheter for det enn dersom vedkommende som har påtatt seg resultatforpliktelsen ønsker å fravike

Dette er likevel bare et utgangspunkt. Rettspraksis har vist at dersom visse omstendigheter foreligger, vil det være mulig for næringsdrivende å vinne frem med krav om lempning av resultatforpliktelser. Dette var tilfelle i Rt. 1970 s. 1059 hvor tvistens kjerne var forsinket levering av loddenot fra A/S Fiskeredskap til en fiskebåt. Levering skulle finne sted 1. mars 1966, men ble forsinket til 27. mars 1966. Kjøperen krevde erstatning som følge av tapt loddefiske i denne perioden. Årsaken til forsinkelsen var at loddenoten krevde et stoff kalt knutelin. Dette stoffet var ikke mulig å få levert innen fristen, verken fra eksportlandet Italia, Norge eller andre land. Konsekvensen ble at A/S Fiskeredskap selv måtte produsere knutelinet, og det var som følge av dette at forsinkelsen oppstod. Høyesterett konkluderte med at leveringsproblemene ”var av en slik art at A/S Fiskeredskap” ikke ”burde ha tatt dem i beregning da noten (...) ble bestilt”. Selgeren ble dermed frifunnet for kjøperens krav om

erstatning på grunn av forsinket levering, men ble dømt til å betale erstatning på annet grunnlag. Dommen kom før avtl. § 36, men man kan anta at dette er et slikt tilfelle som ville ha blitt løst etter avtl. § 36. Dommen skiller seg likevel fra de andre ved at leveringsproblemene vanskelig kunne forutses. Forsinkelsen var utenfor A/S Fiskeredskaps kontroll og følgelig ikke en konsekvens av feilberegning, slik det var i de to ovennevnte dommer.

## 4.5 Kontraktens karakter

Ula-dommen<sup>91</sup> er en voldgiftsdom som har fått mye omtale. Tvisten stod mellom oljeselskapene BP og Statoil. Retten uttalte at ”I kommersielt pregede kontraktsforhold skal det mer til før en domstol vil konstatere urimelighet og dekretere sensur. Og høyest må listen åpenbart legges når det, gjelder ”big business”: Kontrakter som gjelder store, til dels meget store verdier, inngått mellom store bedrifter som rår over toppekspertise vedrørende såvel den kommersielle som den juridiske side av kontraktsslutningene. Til den sistnevnte gruppe hører transportavtalen for Ula-feltet (...). Når det gjelder slike kontrakter, står spørsmålet om preseptorisk kontraktssensur iht. avtl. § 36 på mange måter i en særstilling”.

I Ula-dommen<sup>92</sup> introduserer retten begrepet ”big business” som en faktor. Det er flere grunner til begrensede lempningsmuligheter for slike kontrakter, men hovedgrunnen er nok at partene er mer profesjonelle og organiserte. Dersom man skulle gi ubegrenset adgang til å lempe kontrakter av denne karakter, ville det medføre stor usikkerhet for de involverte. Å inngå omfattende avtaler med den usikkerhet at den ene part kan trekke seg ut på milde vilkår, vil utgjøre en stor risiko for den part som ønsker å forholde seg til avtalen slik den er inngått. Konsekvensen av dette kan være at slike kontrakter ikke inngås. Dette er uheldig da slike ”big business”-kontrakter ofte vil kunne føre til gunstige og langvarige samarbeid. I tillegg er slike kontrakter ofte nøye planlagt. Som regel ligger det gjennomtenkte og grundige budsjetteringer bak, i tillegg til nøye vurderinger hva angår drift. Alt dette stiller store krav til presisjon og forutsigbarhet. Å fravike slike typer avtaler er, og må dermed bli, alt annet enn alminnelig.

Motsetningsvis innebærer dette at dess mindre kontrakten er og jo lavere verdier det er tale om, vil det bety en videre adgang for lempning av kommersielle kontrakter. Imidlertid er ikke

---

<sup>91</sup> ND. 1990 s. 204

<sup>92</sup> ND. 1990 s. 204

dette helt korrekt. I de tilfeller hvor det er en liten og forholdsvis kortvarig kontrakt, tilsier nettopp kontraktens omfang at dette er noe som begge parter må kunne utstå. Kontrakter av et lite omfang vil sannsynligvis ikke gi varige mén for en part å oppfylle. Tungtveiende hensyn her er både hensynet til at avtaler skal holdes og hensynet til forutberegnelighet.

Kontraktens innhold kan derimot bidra i større grad til å illustrere lempningsadgangen. Problemet oppstår særlig i de tilfeller hvor kontrakten knytter seg til ytelse av en spesifikk tjeneste og kjøperen ikke ønsker tjenesten likevel. Tjenester av en spesifikk form kalles specieytelse, d.v.s en ytelse som er individuelt bestemt for kunden i avtalen.<sup>93</sup> Dersom kunden ønsker å fravike en slik avtale, er det vanskelig for motparten å selge tjenesten videre til noen andre. Annerledes blir det for genusytelser – som ikke er individuelt bestemt, men bestemt etter art.<sup>94</sup> Det kan eksempelvis være en kjøper - en bokhandler- som ønsker 1000 kladdebøker. Dersom noe skulle oppstå for kjøper slik at det blir nødvendig å fravike avtalen, er det lettere for selger – fabrikken- å selge kladdebøkene til andre når de er uten særpreg. Hadde kladdebøkene derimot hatt mottakerens logo og navn på alle sidene, ville dette ha vært umulig. I de tilfeller hvor den andre parten ikke blir dårligere stilt enn om avtalen hadde vært opprettholdt, tilsier omsetnings- og fleksibilitetshensyn at fravikelse bør være mulig.

## 4.6 Standardkontrakt

Som fremhevet i forarbeidene, kan ubalansen også vise seg ved at den ene parten har formulert avtalen.<sup>95</sup> Dersom en av partene har benyttet sin standardkontrakt, er det noe som vil kunne styrke hans stilling.<sup>96</sup> En slik kontraktsmal kan den ene parten ha utarbeidet på forhånd med sikte på fremtidige avtaleinngåelser. Det særegne med dem, er at de tilsluttes av den andre parten uten at denne har forhandlet eller påvirket innholdet i kontrakten.<sup>97</sup> Fordelen med standardkontrakter er at de innebærer en forenkling av kontraktsrutinene samtidig som de vil kunne bidra til hurtige avtaleinngåelser. Ulempen er at den andre part ikke har kunnet sørge for at egne interesser blir kontraktsfestet, noe som igjen vil kunne medføre en ubalanse i avtaleforholdet.

---

<sup>93</sup> Hagstrøm, 2011 s. 130.

<sup>94</sup> *ibid.*

<sup>95</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 33

<sup>96</sup> *ibid.*

<sup>97</sup> Giertsen, 2014, s. 80.

Parten som har benyttet sin standardkontrakt, vil være klart bedre stilt enn motparten i og med at han er kjent med vilkår, formuleringer og eventuelle smutthull. I de tilfeller hvor den allerede overlegne part benytter seg av sin standardkontrakt, stiller han i en mer gunstig posisjon enn den underlegne part, da sistnevnte har få eller ingen mulighet til å påvirke innholdet av avtalen. Slike partskonstellasjoner kan derfor anses som kjerneområdet for avtl. § 36, ettersom formålet bak bestemmelsen er å beskytte den svake part mot maktmisbruk.<sup>98</sup>

Hvis det derimot viser seg at standardkontrakten har mangler som gjør at parten som anvendte sin standardkontrakt faktisk lider et tap, er det denne parten som har vært nærmest til å bære risikoen for dette ved å foreslå og tilby en kontrakt som de ikke har undersøkt alle kausaliteter ved. Dette er også kjent som uklarhetsregelen eller forfatterregelen. Det innebærer at den parten som burde ha uttrykt seg klarere, er den som er nærmest til å bære risikoen for eventuelle uklarheter.<sup>99</sup> Det vil si at adgangen for ”forfattere” til å fravike avtaler under slike omstendigheter, er minimal.

I Rt. 1994 s. 1 stod tvisten mellom Vest-Agder Energiverk (VAE) og Tinfos Jernverk. Uenigheten gjaldt etteroppgjør for levering av elektrisk kraft. Etter kontrakten ville ingen av partene få oppfylt de forutsetningene de hadde hatt ved inngåelsen av avtalen. Forutsetningen for Tinfos var at prisen skulle ligge lavt, og maksimalt på 2,7 øre/kWh, og for VAE at de skulle få dekket kostnadene ved kjøp av kraften. VAE hevdet at prisutviklingen var urimelig og anførte avtl. § 36. Høyesterett fant her at avtl. § 36 ikke kom til anvendelse. En av grunnene til dette, var at det var VAE som hadde utformet kontrakten og som følgelig burde ha sørget for klarere forbehold i den.

Det som kan hentes ut fra de nevnte forarbeider og den refererte dom, er at dersom den part som anfører avtl. § 36 også har utformet kontrakten, har en snever adgang til å fravike avtalen. Annerledes kan det bli dersom parten som bare har godtatt kontrakten, ønsker å fravike. I slike tilfeller har han gjerne en allerede underlegen posisjon. Sammenholdt med andre omstendigheter kan det gi grunnlag for anvendelse av avtl. § 36.

---

<sup>98</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 5

<sup>99</sup> Giertsen, 2014, s. 132.

## 4.7 Hvem er nærmest til å bære risikoen?

I punkt 4 har jeg søkt å klarlegge hvilke faktorer som er av betydning i vurderingen av en mulig anvendelse av avtl. § 36 på kommersielle avtaler. Selv om flere av de nevnte faktorer også vil være av betydning i ikke-kommersielle kontrakter, er det liten tvil om at momentene vil ha et litt annet innhold i kommersielle kontrakter enn i ikke-kommersielle. Det er det spesifikke innholdet i momentene som har fremkommet hyppigst i rettskildene, som er gjenstand for diskusjon i det foregående.

Som det har kommet implisitt til uttrykk ovenfor, er det bærende hensynet i vurderingen av anvendelsesområdet av avtl. § 36, en vurdering av hvor risikoen skal plasseres. Det er både gjentakende i rettskildene<sup>100</sup> og til en viss grad åpenbart. Momentet er innlysende og logisk i den forstand at det vil være urimelig dersom den part som har vært nærmest til å bære risikoen, likevel vil kunne fravike en avtale og være ansvarsfri. Dette innebærer at flere av sakene ikke blir avgjort etter en vurdering av hva som er rimelig, men etter hvem som etter en totalvurdering må bære ansvaret for at avtalen hadde fått den ordlyden den hadde.<sup>101</sup>

Hvor risikoen skal plasseres, er en totalvurdering av flere faktorer. Som nevnt over kan bruken av standardkontrakter være en faktor. En annen faktor er hvor parten som har forpliktet seg til å levere et resultat, har feilberegnet omfanget, tidsbruken og kostnadene ved tjenesten. Dette skjedde både i Salhusbro-dommen<sup>102</sup> og Oslo Vei-dommen<sup>103</sup>. I Salhusbro-dommen<sup>104</sup> uttalte Høyesterett at hvilken av partene som var nærmest til å bære den økonomiske risiko når forutsetningen viste seg å svikte, måtte bero på om Salhus hadde muligheter for å forutse at sveisbarheten kunne by på problemer. I vurderingen måtte det ses hen til at Salhus satt inne med landets kanskje fremste ekspertise på sveising av stål og at dette var noe staten hadde grunn til å regne med.

Salhus var den parten som satt inne med mest kunnskap og størst forutsetninger for å vite hvor store saltmengder det var nødvendig å bruke. Når det viser seg at situasjonen ble en helt annen enn først forestilt, var det Salhus som entreprenør og ekspert på området som var nærmest til å bære risikoen for uforutsette hendelser. Det faktum at Salhus sannsynligvis hadde kalkyler og nøye risikobedømmelser, er derfor motargumenter for å tillate lempning.

---

<sup>100</sup> Eksempelvis Rt 1994 s. 1 og NOU 1979: 32 s. 48

<sup>101</sup> Kristin Bjella, "Avtaler mellom profesjonelle-tolking og revisjon", *Jussens venner*, 2002, s. 282-290 (s. 289).

<sup>102</sup> Rt. 1999 s. 922

<sup>103</sup> Rt. 2010 s. 1345

<sup>104</sup> Rt. 1999 s. 922

I Oslo Vei-dommen<sup>105</sup> fremholdt Høyesterett det samme utgangspunktet og fokuserte på at det var Oslo Vei som hadde risikoen for at det faktiske saltforbruket ble tre ganger så høyt som antatt. Høyesterett forklarer det slik: ”Hvilke saltmengder som anses nødvendig, vil imidlertid bero på en rekke forhold, særlig entreprenørens valg av strategi og driftsopplegg. Risikoen for hvilke saltmengder som er nødvendige (...) er (...) bevisst plassert hos Oslo Vei (...)”. Avgjørende for Høyesterett i dette tilfellet var at det var Oslo Vei som hadde gitt anbudet og var nærmest til å bære risikoen for at anbudet viste seg å være uriktig sammenlignet med de faktiske forhold.

Dommen viser at i vurderingen av hvorvidt en avtale vil ”virke urimelig” må man ta høyde for hvem som anfører urimeligheten og i hvilken grad det kan sies at han selv måtte bære risikoen for uforutsette omstendigheter. Dersom den anførende part selv var nærmest til å bære risikoen, er det et argument mot lempning. Antitetisk, vil det ovennevnte si at dersom parten som anfører lempning etter avtl. § 36 ikke var nærmest til å bære risikoen for den oppståtte urimelighet, vil han ha større sjanser for å vinne frem.

Vurderingen av hvem som er nærmest til å bære risikoen, er ikke et moment på lik linje med eksempelvis kriminell adferd. Det er snarere en vurdering og et hensyn bak alle de andre momentene, og kan bidra til å styrke eller svekke betydningen av et moment. Det er likevel viktig å være klar over at dersom man foretar en selvstendig behandling av hvem som er nærmest til å bære risikoen, kan man få mange innsiktsfulle vurderinger som kan bidra til å klarlegge anvendelsen av avtl. § 36 på kommersielle avtaler.

---

<sup>105</sup> Rt. 2010 s. 1345



## 5 Finnes det alternative fravikelsesgrunnlag?

Hovedformålet i denne fremstillingen er å undersøke hvilke fravikelsesmuligheter næringsdrivende har til en bindende avtale. Til tross for at avtl. § 36 betegnes som den alminnelige formuerettslige lempningsregel, finnes det andre adganger til å fravike en avtale.<sup>106</sup> Det skilles mellom åpen og lukket sensur. Sensur etter avtl. § 36 betegnes som åpen sensur. Lukket sensur betegner de tilfellene hvor man bruker alternative virkemidler for å oppnå reelt det samme.<sup>107</sup> Et omdiskutert alternativ er rimelighetstolkning, som kan betegnes som lukket sensur. Rimelighetstolkning kan forklares som en prosess hvor den anførte skjevheten i kontrakten utjevnes gjennom en tolkning av avtalen. På denne måten vil avtalen i seg selv gi hjemmel for revisjon. I det følgende skal rimelighetstolkning presenteres, diskuteres og vurderes opp mot avtl. § 36.

Andre sentrale ugyldighetsregler er både avtl. § 33 og læren om bristende forutsetninger. Disse skal ikke gjennomgås i detalj da rimelighetstolkning er mer omstridt, men vilkårene for å anvende regelsettene skal presenteres. Vurderingen av hvorvidt det er mest hensiktsmessig å bruke rimelighetstolkning, avtl. § 33 eller læren om bristende forutsetninger og i hvilken grad de overlapper hverandre i forbindelse med fravikelse av kommersielle avtaler, vil fremkomme i punkt 5.1 til 5.3 med underpunkter.

### 5.1 Rimelighetstolkning

Rimelighetstolkning skiller seg fra avtl. § 36 blant annet ved at det er mindre inngripende, samt at rettsvirkningen ikke er tilsidesettelse på samme måte som ved bruk av avtl. § 36.

Utgangspunktet for å vurdere en uenighet mellom profesjonelle parter er å tolke avtalen objektivt.<sup>108</sup> Bakgrunnen for det, er at det er ordenes vanlige meningsinnhold som gjenspeiler partenes berettigede forventninger om hvordan avtalen skal forstås. En objektiv tolkning er særlig viktig for profesjonelle parter. De er som regel mer bevisst på ordlyden enn andre. Dette betyr at partenes vurderinger av sin egen rettsstilling og deres behov for forutsigbarhet,

---

<sup>106</sup> Woxholth, *Avtalerett*, 2014, s. 304.

<sup>107</sup> Giertsen, 2014, s. 221.

<sup>108</sup> Rt. 2011 s. 1553

som oftest må antas å bli knyttet til avtalens ordlyd. Oslo Vei- dommen<sup>109</sup> uttrykker det slik: ”For kontrakter mellom profesjonelle parter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkningsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden (...)”.

Før avtl. § 36 ble innlemmet i lovverket, eksisterte det ulike tolkningsteknikker som fungerte som effektive virkemidler mot urimelige avtaler. Dette ble kamuflert som innholdssensur eller ”cover techniques”.<sup>110</sup> Dette skjedde i størst grad ved å stille særlige krav til fremhevelsen av urimelige og tyngende vilkår. Domstolen kunne enten legge til grunn at det urimelige vilkåret ikke var vedtatt av medkontrahenten eller fortolke vilkåret på en slik måte at de urimelige konsekvensene ble unngått.<sup>111</sup> På denne måte ”tilsidesatte” domstolen urimelige vilkår ved å si at de ikke var omfattet av kontrakten.<sup>112</sup>

I de tilfellene avtalepartene er uenige om sine forpliktelser etter avtalen, har slik skjult rimelighetstolkning vært et alternativ til avtl. § 36. Det innebærer at hensynet til løftegiveren blir ivaretatt ved tolkning, fremfor bruk av rimelighetssensur etter avtl. § 36 som på mange måter kan fremstå mer dramatisk og omstendelig. De norske domstolene har tradisjonelt vært mer tilbøyelige til å anvende slike tolkningsteknikker fremfor lovhjemlede generalklausuler.<sup>113</sup>

Et eksempel på at Høyesterett har hatt mindre skepsis mot skjult rimelighetssensur til fordel for profesjonelle finner vi i Rt. 2004 s. 675. Her krevde en agurkprodusent (Aase Gartneri AS) erstatning på 3,4 millioner kroner for tap han ble påført som følge av at splittbambuspinnene som ble brukt som støttepinner ved agurkproduksjonen, hadde en plantesykdom og dermed smittet agurkene. Spørsmålet var om ansvarsbegrensningen selger (Vekstmiljø AS) hadde inntatt i standardvilkårene, ville utelukke erstatning. Det var ingen tvil om at ansvarsfraskrivelse fulgte med i Vekstmiljøes sluttsedler. Hovedregelen og utgangspunktet er at i slike tilfeller har partene selv ansvar for avtalene de inngår. Dette utgangspunktet er vesentlig i partsforhold som dette med to næringsdrivende.

Høyesterett valgte imidlertid å konkludere med at Vekstmiljø var erstatningsansvarlig. Vilkåret om ansvarsfraskrivelse vant følgelig ikke frem ettersom retten mente at Aase

---

<sup>109</sup> Rt. 2010 s. 1345

<sup>110</sup> Krüger, 1989, s. 405.

<sup>111</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 5

<sup>112</sup> Anders Møllmann, *Certeparti Fortolkning – i nordisk og engelsk ret*, København 2007 s. 88.

<sup>113</sup> Krüger, 1989, s. 392.

Gartneri AS ikke hadde vedtatt vilkåret. Det var særlig tre argumenter retten vektla i vurderingen. For det første hadde ikke ansvarsbegrensningen vært omtalt i forhandlingene mellom partene. For det andre var den ikke gitt noen fremtredende plass, men heller inntatt i sluttsedlene mellom bestemmelser om salgspant, morarenter, forbehold om prisendringer og reklamasjonsfrister. Endelig medførte ansvarsbegrensningen en betydelig overføring av risiko fra selger til kjøper.

Innføringen av avtl. § 36 har minsket behovet for å utføre slik skjult rimelighetstolkning.<sup>114</sup> Likevel har Høyesterett vært tilbakeholden med anvendelsen av paragrafen. Høyesterett har ofte behandlet saker om urimelighet, og ved hjelp av ulike tolkningsteknikker fjernet urimeligheten. Den sistnevnte dommen er et tydelig eksempel på at Høyesterett foretrekker å anvende skjult rimelighetssensur fremfor avtl. § 36. Selv om bestemmelsen ble anført av Aas Gartneri, ble den ikke vurdert av Høyesterett. Dette samsvarer ikke med ønsket i forarbeidene om at domstolen heller anvender avtl. § 36 fremfor å foreta skjult rimelighetssensur. I forarbeidene fremkommer det en direkte oppfordring til domstolen om at de setter "(...) til side avtalevilkår som finnes urimelige, istedenfor som nå delvis å måtte basere seg på bruk av ulike tolkningsteknikker. Det må antas at en slik åpen sensur av avtalevilkår i noen grad vil kunne virke positivt utviklende på kontraktpraksis ved at dommene blir mer direkte vegledende for hva som godtas."<sup>115</sup>

Nedenfor skal jeg søke å klarlegge hvorfor Høyesterett er skeptisk til en åpen sensur mellom næringsdrivende, men ikke til skjult

### 5.1.1 Forholdet til avtaleloven § 36

At Høyesterett har foretatt skjult rimelighetssensur fremfor å benytte seg av gjeldende generalklausuler, er påvist ovenfor. Til dette bemerker Krüger om avtl. § 36 i 1989; "Den tidligere *erfaring* man i norsk rett har hatt med generalklausuler som bemyndiger domstolene til utstrakt rimelighetskontroll synes å gå i retning av at rimelighetsbaserte løsninger ikke er det norske dommere helst tyr til, iallfall ikke åpent. Og det gjelder i særdeleshet Høyesterett (...)"<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> Møllmann, 2007, s. 89.

<sup>115</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 11

<sup>116</sup> Krüger, 1989, s. 434.

I hvilken grad rimelighetstolkning er et legitimt alternativ til avtaleloven § 36, har vært oppe til diskusjon flere ganger i rettspraksis og juridisk teori. Rt 1991 s. 220 (heretter Solliadommen) viser den nære sammenhengen mellom fravikelsesmulighetene. Dommen omhandler to kommersielle parter som hadde avtalt levering av fjernvarme til en pris beregnet etter selvkost, fordelt på mottakerne etter deres bygningsareal. Etter noen år krevde leverandøren betalt etter målt forbruk, ettersom det var en mer pålitelig metode for å fastslå forbruket. Høyesterett sa da: ”Slik rettsforholdet mellom partene er fastlagt i kontrakten, må det etter min oppfatning være et overordnet hensyn å unngå at det oppstår skjevheter av betydning (...). Når det så viser seg at forutsetningene ikke slår til, kan bestemmelsen ikke stenge for overgang til andre og mer pålitelige metoder å fordele utgiftene etter.” Etter avtaleforholdets egenart var det ”en flytende overgang mellom de tilfelle hvor avtalen selv gir grunnlag for revisjonskrav og hvor dette må forankres i andre regler, først og fremst i avtalelovens § 36”. Resultatet bygget på en tolkning hvor formålet ble tillagt avgjørende vekt, mens avtalens ordlyd om prisen fikk mindre vekt. Dette kan oppfattes som problematisk i en kommersiell sammenheng, da forretningslivet har behov for kontraktsikkerhet og forutberegnelighet noe som best fremmes ved en tolkning basert på objektive og tilgjengelige elementer.<sup>117</sup>

En grunn til at Høyesterett har foretrukket rimelighetstolkning fremfor avtl. § 36, er at adgangen for å anvende rimelighetstolkning ikke er den samme som adgangen for lempning etter § 36. Giertsen beskriver det følgende: ”Vurderingstemaet ved tolkning er strammere enn det åpne temaet ”urimelig” etter avtl. § 36. Felles for binding, vedtakelse og tolkning er at for disse mer formelle virkemidlene spiller partenes ressursstyrke ofte en mindre rolle enn i avtl. § 36. Særlig for avtaler mellom profesjonelle er det derfor ofte mer nærliggende å anføre ubundethet og tolkning fremfor avtl. § 36”.<sup>118</sup> Det kan derfor synes at Høyesterett foretrekker rimelighetstolkning, blant annet på grunn av at § 36 legger opp til en helhetsvurdering, noe som kan gi den endelige vurderingen et noe tilfeldig og lite treffende preg.

Det er først etter tolkningen og klargjøringen av innholdet at man finner ut om det vil være aktuelt å anvende avtl. § 36 som en ugyldighets- eller lempningsregel. Dette i seg selv er ikke revolusjonerende. Imidlertid oppstår problemet, som følge av den høye terskelen lovgiver har gitt bruken av avtl. § 36, at domstolen kan finne alternative måter å tolke avtalen eller det

---

<sup>117</sup> Rt. 2002 s. 1155

<sup>118</sup> Giertsen, 2014, s. 222.

problematiske avtalevilkåret på slik at man heller får en kreativ bruk av avtalen fremfor anvendelse av § 36. Dette er betenkelig all den tid det er den foreliggende avtale som partene har forholdt seg til, som skal tolkes. Særlig i kommersielle avtaler med noenlunde jevnbyrdige parter, bør det fokuseres på hensynet til forutberegnelighet og det faktum at avtalens innhold i stor grad er utslag av en kalkulert risiko. Disse momentene bør veie tungt og følgelig tale mot en tolkning bygget på rimelighet.

Til tross for dette må det også ved kommersielle avtaler være adgang til reservasjoner, eksempelvis for langsiktige kontrakter som bærer preg av et samarbeidsforhold.<sup>119</sup> Dette var blant annet tilfelle i Solli-dommen<sup>120</sup> hvor Høyesterett konkluderte med grunnlag i en rimelighetstolkning av avtalen fremfor avtl. § 36. Som det fremgår av dommen, er førstvoterendes synspunkt at det er en flytende overgang mellom de tilfellene hvor det skal foretas revisjon etter avtalen eller etter avtl. § 36. Men selv om Høyesterett har anvendt rimelighetstolkning i kommersielle forhold, må det være legitimt å hevde at det er avtaler mellom næringsdrivende og forbrukere som er kjerneområdet for slik tolkning, da behovet for å rette opp eventuelle skjevheter i større grad er til stede i slike avtaleforhold.

I kommersielle forhold med jevnbyrdige parter er det uheldig å tillate et vidt spillerom for rimelighetstolkning. I slike forhold bør hensynet til forutberegnelighet veie tungt. Dersom avtalepartene hadde ønsket å la det aktuelle forholdet være dekket og underforstått i avtalen, hadde det vært tilfelle. Men når det ikke kommer klart frem av avtalen, bør domstolen være forsiktig med å komme med antagelser rundt avtalens formål, vilkår og innhold. Videre må det også poengteres at ulike tolkningsteknikker er lite egnet til å virke positivt utviklende på kontraktpraksis. Til sammenligning vil man derimot kunne få en positivt utviklende kontraktpraksis ved bruk av den generelle lempningsregelen.<sup>121</sup> Alternativet når man driver skjult rimelighetssensur er at man får en indirekte, usikker og lukket praksis sammenlignet med når man opererer med lovhjemler. Ved å operere med lovhjemler, vil man kunne få en rimelighetskontroll som i større grad er åpen, direkte og nyansert.

I diskusjonen mellom rimelighetstolkning eller § 36, bør rettsanvenderen tolke ordlyden i en kommersiell avtale objektivt, og den må tillegges stor vekt. Dette har sin bakgrunn i næringslivets behov for sikkerhet og forutberegnelighet. I tillegg er tredjeparter også involvert

---

<sup>119</sup> Hagstrøm, 2011, s. 44.

<sup>120</sup> Rt. 1991 s. 220

<sup>121</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 11

i kommersielle avtaler, og av hensyn til disse, må avtalen tolkes på en slik måte at man unngår spekulasjoner og antagelser, og heller fokuserer på avtalens ordlyd. Hvis innholdet etter en objektiv tolkning kan sies å ”virke urimelig”, bør Høyesterett anvende avtl. § 36 fremfor en kreativ rimelighetstolkning. Ifølge Krüger er det nettopp ”(...) en fordel at dommerne er blitt spart for å anstrenge sine domspremisser i utrengsmål via konstruksjoner omkring avtalers ”vedtagelse” og restriktiv ”tolkning”.<sup>122</sup> Det vil derfor bidra til en trygg og sikker rettsanvendelse, dersom dommeren anvender avtl. § 36 fremfor rimelighetstolkning.

Tidligere ble det nevnt at en av grunnene til at Høyesterett foretrekker skjult rimelighetssensur fremfor åpen etter avtl. § 36, kan ha sammenheng med den høye terskel lovgiver har gitt bestemmelsen. Det er likevel viktig å nevne at ved slike generalklausuler som § 36 er, har Høyesterett nettopp fått myndighet og legitimitet til å gi bestemmelsen et nærmere innhold. Ved mer eller mindre å unnlate å anvende bestemmelsen, synes det som om domstolen ikke er seg bevisst rollen den har som rettsskapende virksomhet. Som rettsskapende virksomhet skal Høyesterett både være rettsutviklende og rettsavklarende.<sup>123</sup> Dette innebærer at selv ved bestemmelser med høy terskel, skal bestemmelsene anvendes og det nærmere innholdet klarlegges. Konsekvensen av å anvende avtl. § 36 fremfor rimelighetstolkning, er at det kan bidra til å utvikle kontraktspraksisen ved å gi tydeligere retningslinjer.

---

<sup>122</sup> Krüger, 1989, s. 435.

<sup>123</sup> Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Oslo 2004 s. 47.

## 5.2 Læren om bristende forutsetninger

Hovedregelen er at en part ikke kan hevde seg ubundet hvis en forutsetning han hadde, viste seg å være uriktig da avtalen ble inngått.<sup>124</sup> Dette har sammenheng med det grunnleggende prinsipp at avtaler skal holdes. Forutsetningslæren gir likevel en hjemmel for å lempe avtaler ved forutsetningsbrist.<sup>125</sup> Betegnelsen forutsetning "(...) peker i hovedsak på forhold som inngår i løftegiverens vurderingsgrunnlag før hun eller han gir et løfte."<sup>126</sup>

Hvorvidt læren kan påberopes, avhenger av tre ulike vurderingstemaer som er utviklet over tid og senere gjentatt i rettspraksis og forarbeider. Avviket fra den regulære utviklingen må være uventet og vesentlig. Videre må motparten ha innsett at forutsetningen var vesentlig for løftegiveren. Endelig må det etter en interesseavveining fortone seg rimelig å la motparten bære risikoen for at forutsetningen viste seg å være feilaktig. Hvorvidt læren kommer til anvendelse, beror på arten av de inntrufne omstendigheter og hele den konkrete situasjon.<sup>127</sup>

### 5.2.1 Forholdet til avtaleloven § 36

Det fremgår av juridisk litteratur at "Forutsetningslæren er langt eldre enn avtaleloven fra 1918."<sup>128</sup> Av avtaleloven § 36 følger det at dersom en avtale "ville virke urimelig" på bakgrunn av "senere inntrådte forhold", vil det kunne være grunn for lempning etter § 36. Ordlyden av "senere inntrådte forhold" synes å omfatte etterfølgende omstendigheter etter avtaleinngåelse. "Hvis forholdene endrer seg, er dermed den ulovfestede forutsetningslæren og avtl. § 36 i mange tilfeller alternative grunnlag".<sup>129</sup> Av forarbeidene til avtaleloven fremgår det at "Departementet går ut fra at vurderingene mht. betydningen av senere inntrådte forhold stort sett vil måtte bli de samme etter den foreslåtte alminnelige lempingsregel som etter læren om bristende forutsetninger. Også den alminnelige lære og rettspraksis om bristende forutsetninger forutsettes således å gi vegledning og være retningsdannende ved domstolenes praktisering av lempingsregelen for så vidt gjelder betydningen av senere inntrådte forhold."<sup>130</sup>

---

<sup>124</sup> Giertsen, 2014, s. 187.

<sup>125</sup> Hagstrøm, 2011, s. 260.

<sup>126</sup> Giertsen, 2014, s. 187.

<sup>127</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 35

<sup>128</sup> Giertsen, 2014, s. 258.

<sup>129</sup> ibid. s. 259

<sup>130</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 35

Spørsmålet om hvorvidt man skal anvende læren om bristende forutsetninger eller avtaleloven § 36 på kommersielle avtaler, har lenge vært gjenstand for diskusjon. Forskjellene mellom rettsgrunnlagene er ikke store, men § 36 er betraktelig mer fleksibel, da den ikke bare retter seg mot ”senere inntrådte forhold”, men også åpner for å trekke inn andre momenter som ”partenes stilling”, ”forholdene ved avtalens inngåelse” osv.

Rettsvirkningene ved forutsetningslæren og § 36 er også til en viss grad ulike. ”En relevant forutsetningssvikt fører i utgangspunktet til at forpliktelsen *bortfaller*, og med virkning for fremtiden.”<sup>131</sup> Men ”Etter teori og praksis kan imidlertid forutsetningslæren også føre til en *modifisering* av forpliktelsen: den får et endret innhold.”<sup>132</sup> Likevel er nok området for endring trolig noe mindre enn etter avtl. § 36. I kommersielle forhold har en inngåelse eller fravikelse av avtaler ofte ringvirkninger. Derfor er adgangen til endring essensiell, da det ofte er mer hensiktsmessig å endre enn å fravike en kommersiell avtale.

Videre har forutsetningslærens argumenter et mer subjektivt preg. Det vil si at løftegiverens motivasjon og hvorvidt forutsetningen var synlig for løftemottakeren, står sentralt. Selv om disse momentene kan være relevante i § 36, vil de neppe være av avgjørende betydning. I kommersiell sammenheng er det sjelden det subjektive som råder, og slik sett vil § 36 være mer anvendelig. Men der individuelle forutsetninger brister, vil det være behov for forutsetningslæren fordi slike forhold normalt ligger utenfor eller på siden av § 36.<sup>133</sup>

I Oslo Vei-dommen<sup>134</sup> uttaler Høyesterett: ”Hvilket av de to rettsgrunnlagene som vil ha størst rekkevidde, avhenger av hvilke faktiske omstendigheter kravet om kontraktsrevisjon er basert på.” Dette er naturlig, men skulle man likevel prøve å konkludere på forholdet mellom avtl. § 36 og forutsetningslæren er det i kommersiell sammenheng nok mest gunstig å anvende § 36. Det er flere grunner til dette. For det første representerer den et nyere regelsett. For det andre er rettsvirkningene mer fleksible. For det tredje er det de objektive faktorene som fremheves i kommersielle forhold. Det samsvarer godt med avtl. § 36 ettersom motivasjon og synlighet er mindre sentralt der.

---

<sup>131</sup> Hagstrøm, 2011, s. 262.

<sup>132</sup> *ibid.*

<sup>133</sup> *ibid.* s. 266

<sup>134</sup> Rt. 2010 s. 1345



## 5.3 Avtaleloven § 33

Avtaleloven § 33 krever at avtalepartene opptrer redelig ved inngåelse av avtaler.<sup>135</sup>

Bestemmelsen er uavhengig av hvorvidt løftemottakeren var i god tro på avtaletidspunktet og åpner dermed for fravikelse av en bindende avtale. Bestemmelsen lyder som følger:

*”Selv om en viljeserklæring ellers maatte ansees for gyldig, binder den ikke den, som har avgitt den, hvis det paa grund av omstændigheter, som forelaa, da den anden part fik kunnskap om erklæringen, og som det maa antages, at han kjendte til, vilde stride mot redelighet eller god tro, om han gjorde erklæringen gjældende.”*

Bestemmelsen har totalt seks vilkår som må foreligge før det er aktuelt å anvende den. For det første må det foreligge ”omstændigheter”. Det kan være et hvert faktisk forhold. For det andre kreves det årsakssammenheng mellom den aktuelle omstendigheten og løftet. Vilkåret kommer ikke eksplisitt til uttrykk i § 33, men det er inntatt i avtaleloven §§ 28-32 som i likhet med § 33 omhandler tilblivelsesmangler. For det tredje låses vurderingen til tidspunktet løftet kom til løftemottakerens kunnskap. Det vil si at ”omstændigheter” må foreligge når den andre part får kunnskap om erklæringen. Videre kreves det at løftemottakeren ”kjendte til” manglene ved løftet jf ”omstændigheter”. I tillegg stilles det krav til tidspunktet og når løftemottakeren kjente til omstendighetene. Da er det tidspunktet for løftemottakerens kunnskap som er avgjørende. Endelig må det for løftemottakeren ”stride mot redelighet eller god tro” å gjøre gjeldende sine rettigheter etter løftet, i lys av hans kunnskap eller uaktsomhet om omstendighetene.<sup>136</sup>

### 5.3.1 Forholdet til avtaleloven § 36

Vilkåret i § 33 er at det kreves kunnskap eller uaktsomhet hos løftemottakeren hvis løftegiveren skal vinne frem med ugyldighet. Ordlyden i § 36 stiller ingen slike krav. Endring eller tilsidesettelse etter § 36 er derfor mulig selv om løftemottakeren var i aktsom god tro. Likevel vil det kunne hevdes at ettersom ”god tro” i avtl. § 33 indikerer at partene skal ta hensyn til hverandre, vil bestemmelsen på mange måter være sidestilt med ”god forretningsskikk” i avtl. § 36. Giertsen bemerker imidlertid at ”for profesjonelle er det fortsatt grunn til varsomhet med å endre eller tilsidesette en avtale etter avtl. § 36, hvis vilkårene for

---

<sup>135</sup> Giertsen, 2014, s. 174.

<sup>136</sup> Giertsen, 2014, s. 174-175.

ugyldighet etter avtl. §§ 28-33 ikke er til stede”.<sup>137</sup> Denne uttalelsen kan antyde at § 33, fremfor § 36, bør benyttes dersom vilkårene er til stede for det. Sitatet fra Giertsen er imidlertid tilsynelatende utelatt i den senere 2014-utgaven. Uten å legge altfor stor vekt på utelattelsen, har en rimelig grunn til å anta at Giertsen ikke lenger har dette synet på varsomhet med bruk av avtl. § 36.

På en annen side er § 33 snevrere enn § 36 ved at førstnevnte bestemmelse kun gjelder tilblivelsesfeil. Avtl. § 36 favner videre ved å inkludere både ”forholdende ved avtalens inngåelse” og bl.a. ”senere inntrådte forhold”. Ordlyden antyder at også § 36 rammer mangler ved avtalens tilblivelse. Det vil si at forhold som leder til ugyldighet etter §§ 28-33 vil medføre at urimelighetskriteriet i § 36 er innfridd.

Avtl. § 36 fremstår også som mer fleksibel. Fleksibiliteten viser seg både ved vilkåret ”urimelig” og ved rettsvirkningene. Ordlyden av ”urimelig” tilsier en bred skjønnsmessig vurdering hvor flere momenter er av relevans. En slik vurdering finnes ikke i § 33, da denne bestemmelsen inneholder et fastere skjønnstema.<sup>138</sup> I tillegg er rettsvirkningene etter § 33 mer faste, ettersom virkningene kun er ugyldighet eller gyldighet. Avtl. § 36 på sin side, åpner for både endring og tilsidesettelse.

I vurderingen av hvorvidt man skal anvende avtl. § 33 eller § 36 fremheves ofte konsekvensene av avtl. § 33. Ved å bygge vurderingen på avtl. § 33, vil det kunne gi avtalen et ”svikstempel” eller på annen måte indikere at løftemottakeren har opptrådt uredelig. Dette kan virke unødvendig infamerende, og kan føre til svært uheldige konsekvenser for næringsdrivende med tanke på senere avtaleinngåelser.

Fra drøftelsen over kan det virke som at Avtl. § 36 dekker § 33, og at § 33 har mistet sin aktualitet. Imidlertid er det som vist vesentlige forskjeller mellom bestemmelsene. Dersom forholdet mellom to næringsdrivende er et klart tilfelle av § 33, er det grunn til å anta at dommeren heller vil anvende § 33 fremfor § 36. Dette skyldes blant annet at det vil være lettere å kunne avgjøre saken på grunnlag av det mer håndfaste vurderingstemaet fra rettspraksis i § 33, enn det som følger av de tilfeldige rimelighetsvurderinger i § 36. Et annet moment som taler for at § 33 og § 36 har selvstendige virkeområder, er at § 33 kun omfatter uriktige forutsetninger, mens § 36 også vil kunne ramme tilfeller av bristende forutsetninger.

---

<sup>137</sup> Johan Giertsen, *Avtaler*, 2. utgave, Oslo 2012 s. 220.

<sup>138</sup> Woxholth, *Avtalerett*, 2014, s. 304.

## 6 Avsluttende refleksjoner

Å klarlegge næringsdrivendes adgang til å fravike en bindende avtale har vært utfordrende.

Den største utfordring var utvilsomt Høyesteretts manglende bruk av avtl. § 36.

Konsekvensen av dette var at jeg måtte anvende rettspraksis hvor Høyesterett hadde drøftet anvendelse av avtl. § 36, men ikke direkte anvendt bestemmelsen. Utfordringen ble da å trekke noe ut av drøftelsen til Høyesterett. En annen konsekvens av manglende høyesterettsdommer, var at jeg måtte se hen til voldgiftspraksis. Til tross for at voldgiftsretten kan ha vel så poengterende og treffende dommer som Høyesterett, har den ikke samme rettsskapende virksomhet som Høyesterett. Man må derfor være varsom med å tillegge voldgiftsdommene og premissene nedlagt der ubegrenset vekt. Videre var det vanskelig å vurdere vekten av forarbeidene. Det skyldes for det første at de ble utarbeidet for nesten 30 år siden, for det andre at de bærer preg av tvetydighet. Til tross for forarbeidenes demokratiske legitimitet, er det derfor mest hensiktsmessig å se hen til dem som veiledende. Slik er de også ment å være, men Høyesterett har ofte tolket dem svært strengt. En slik rigid og bokstavelig tolkning vil imidlertid ikke alltid gi det mest formålstjenlige og fordelaktige resultat.

Til tross for at juridisk teori og rettspraksis<sup>139</sup> er tydelig på at avtl. § 36 er anvendelig på kommersielle avtaler, har gjennomgangen av rettspraksis avdekket at dette skjer ytterst sjelden. Det kan være flere grunner til at Høyesterett har vist tilbakeholdenhet med dette. Det vil kunne hevdes at bestemmelsen står i fullstendig motstrid til det avtalerettslige grunnprinsipp om at avtaler skal holdes. Ved å anvende bestemmelsen i utvidende grad vil det kunne føre til en stor grad av kontraktusikkerhet. Ofte vil en fravikelse medføre økonomiske konsekvenser for de involverte, og ved å unnlate å inngå avtaler med hverandre, vil man beskytte seg fra et eventuelt økonomisk tap. Dessuten vil en utstrakt bruk av bestemmelsen stride mot hensynet til forutberegnelighet. Det vil være vanskelig å innrette seg etter noe dersom man konstant frykter at motparten vil fravike avtalen. Høyesteretts respekt for lovgivers demokratiske legitimitet kan også være en grunn til tilbakeholdenheten. I forarbeidene uttrykkes det eksplisitt en oppfordring til å være varsom med anvendelse av bestemmelsen. Denne varsomheten forsterkes og fremheves ved kommersielle avtaler. Endelig kan Høyesteretts fokus på partenes stilling være en forklaring på forsiktigheten knyttet til anvendelsen av bestemmelsen på kommersielle avtaler. I slike avtaleforhold stilles

---

<sup>139</sup> Rt. 1999 s. 922

det store krav til presisjon og forutsigbarhet ettersom planlegging, budsjettering og drift er sentrale elementer. Dette har sammenheng med at det felles siktemålet for partene som regel er økonomisk vinning. Vederlaget vil derfor gjenspeile risikoen parten tar. Det vil derfor være gode grunner for å være tilbakeholden med lempning.

Til tross for flere momenter i retning tilbakeholdelse av avtl. § 36 på kommersielle avtaler, er det likevel grunn til å rette et kritisk søkelys mot Høyesteretts motvillige bruk av avtl. § 36. Dette skyldes hovedsakelig at Høyesterett tilsynelatende ikke har noen problemer med å endre eller tilsidesette vilkår og avtaler. Men fremfor å anvende den alminnelige formuerettslige lempningsregel, benytter Høyesterett seg av rimelighetstolkning. Det åpenbare problemet ved dette, er at det blir lite forutberegnelig og skjuler bruken av rimelighetskontroll. Når Høyesterett begrunner endring og tilsidesettelse av vilkår og avtaler med andre regelsett, medfører det en svært tilfeldig og lite ensartet praksis. Dette vil kunne gi skjeve, ulike og urimelige resultater som vil gjøre det vanskelig for næringsdrivende å forutberegne sin stilling i lignende saker senere. Derimot, ved å anvende avtl. § 36 i større grad på kommersielle avtaler, vil det kunne virke positivt utviklende på kontraktspraksisen og være retningsgivende i fremtiden for lignende tvister.

På tross av dette gir det samlede rettskildebildet noen svar. Det er mulig å sammenfatte momentene som går i retning av anvendelse av avtl. § 36 på kommersielle avtaler, av særlig relevans er kontraktens karakter og partenes stilling. Sammenholdt med det bærende hensynet om hvem som er nærmest til å bære risikoen, har disse momentene gitt et bilde av hva Høyesterett tenderer å vektlegge i vurderingen. Det er likevel viktig ikke å legge ukritisk til grunn momentene som har vært gjenstand for diskusjon. Det må påpekes at de kun er del av en helhetsvurdering. De må ses i lys av hva som er rimelig og naturlig ut fra de gitte omstendigheter. Vurderingen skal avgjøres etter et konkret skjønn og i takt med samfunnsutviklingen.

Det er liten tvil om at bruken av avtl. § 36 er utfordrende, all den tid Høyesterett har få klare retningslinjer fra andre autoritative rettskilder. Igjen må det derfor fremheves viktigheten av at avtl. § 36 blir vurdert og anvendt i Høyesterett, da dette kan bidra til å klarlegge anvendelsesområdet.

## 7 Litteraturliste

### **Lover**

Lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Lov 31. mai 1918 nr. 4 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)

Lov 21. juni 2002 nr. 34 Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

### **Forarbeider**

NOU 1979:32, Formuerettslig lempningsregel

Ot.prp. nr.5 (1982-1983) Om lov om endringer i avtaleloven 31.mai 1918 nr 4, m.m (generell formuerettslig lempningsregel

### **Norsk Retstidende**

Rt. 1970 s. 1059

Rt. 1988 s. 276

Rt. 1988 s. 295

Rt. 1991 s. 220

Rt. 1994 s. 1

Rt. 1995 s. 1540

Rt. 1999 s. 922

Rt. 2000 s. 806

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 2003 s. 1132

Rt. 2004 s. 675

Rt. 2008 s. 1365

Rt. 2010 s. 1345

Rt. 2011 s. 1168

Rt. 2011 s. 1553

Rt. 2012 s. 393

Rt. 2013 s. 388

### **Voldgiftsdommer**

ND. 1990 s. 204

ND. 2000 s. 240

### **Juridisk litteratur**

Giertsen, Johan, *Avtaler*, 2. utgave (Oslo 2012).

Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. utgave, (Oslo 2014).

Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, (Oslo 2011).

Krüger, Kai, *Norsk kontraktsrett*, (Bergen 1989).

Lilleholt, Kåre, *Knophs oversikt over norsk rett*, 13. utgave, (Oslo 2009).

Mestad, Ola, *Kontraktsrevisjon og nyliberalisme: Avtalelova § 36, Høgsterett og forholda ved kontraktsinngåinga*, (Oslo 2004).

Møllmann, Anders, *Certeparti Fortolkning – i nordisk og engelsk ret*, (København 2007).

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, (Oslo 2004).

Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 9. utgave, (Oslo 2014).

Woxholth, Geir, *Avtalerett i et nøtteskall*, 2. utgave, (Oslo 2014).

## **Artikler**

Bjella, Kristin, "Avtaler mellom profesjonelle- tolkning og revisjon", *Jussens venner*, 2002 s. 282-290.

Geir Woxholth, "Forutsetningslæren og avtaleloven § 36", *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2000 s. 32-56.

Geir Woxholth, "Avtaleloven § 36. Lempning av avtale som selv inneholder en lepningsklausul – Rt 2012 s. 393", *Nytt i privatretten*, 14. årgang, 2012 s. 1-28.

## **Internettider**

Norsk Lovkommentar til avtaleloven (elektronisk utg. ISSN 2387-3361). Via:  
[www.rechtsdata.no](http://www.rechtsdata.no) Lastet ned 7. mai 2017